✠

IESVS,
MARIA, IOSEPH.

POR

LOS SEÑORES DVQVES de Medina Sidonia, y de Sanlucar la Mayor.

CON

EL SEÑOR MARQVES de Leganès.

SOBRE

La ſuceſsion de los Eſtados de Sanlucar la Mayor, Arçacollar, y de Mayrena, ſus bienes, y rentas; en el juizio de propiedad, en que tambien ſe comprehenden las nulidades de autos, y ſentencia de viſta, pronunciada por la Chancilleria de Granada en primero de Julio de el año de 1678.

1 Ontinùa la señora Duquesa este pleito en el estado en que le dexò el señor Principe de Astillano su hermano, y aunque sus circunstancias eran dignas de especial reflexion, como se considera por el mayor argumento de el señor Marquès de Leganès (sin atender à la distincion de tiempos que ha tenido este negocio) afectar dilaciones para la mayor ponderacion de su derecho; siendo el principal fundamento de este papel dar satisfaccion à sus objeciones, es necessario, sin detenernos, discurrir con la mayor brevedad que permite la materia, sin incurrir en la nota de prolijos; pero considerando la calidad de la causa, para que la brevedad sea de suerte, que no merezca el atributo de que se estime por acto culpado, omitiendo lo que pide, ò diziendolo tan de passo, que no penetre, y se fixe en los animos de los señores Iuezes, como aconseja Plinio Iunior *lib. 1. epist. 20. ibi: Breuitatem ego custodiendam esse confiteor si causa permittat, alioquin prauaricatio est transire dicenda, prauaricatio etiam cursim, & breuiter attingere, quæ sint inculcanda infigenda, repetenda, nam plerisque longo retractu vis quadam, & pondus accedit, vtque corpori ferrum, sic oratio animo, non ictu magis, quam mora imprimitur.*

2 Con este supuesto el primer passo que se ofrece, es, reconocer las las nulidades de los autos, y sentencia de vista de la Chancilleria de Granada, pronunciada en primero de Iulio de el año de 1678. en que se declarò al señor Marquès por sucessor de el Estado de Sanlucar, y de los demàs que en èl se comprehenden, y contra ella se proponen nulidades de grado tan elevado, que qualquiera de ellas acredita el defecto de la sentencia en los excessos de esta determinacion; y aviendole pretendido por el señor Principe se determinasse sobre ellas separadamente, sin vnir su decision con lo principal, controvertido este punto en el Consejo, se reservò su conocimiento para difinitiva por executoria, y con esta calidad se viò este pleito en lo principal.

3 Nuevamente insisten los señores Duques en la determinacion de estas nulidades, porque no es capaz de consentirse el agravio de los procedimientos de la Chancilleria, y antes de discurrir en lo individual de ellas, en que se observarà el metodo con que se proponen en el Memorial ajustado à *num.* 2019. aunque no huviera otro fundamento que las calificasse mas que la executoria de el Consejo consultada con su Magestad, en que se advocò el conocimiento de esta causa, aviendo precedido para este efecto examinar los motivos que se propusieron para la avocacion (que son los mismos que influyen en las nulidades) no solo es argumento para estimarlas, sino precisa consequencia para su decision, como incidente de la misma determinacion.

4 Porque no pudiendose disputar la jurisdiccion q̃ tienen las Chan-

cillerias para conocer en la propiedad en las sucessiones de los mayorazgos, conforme al distrito de los bienes de que se componen despues de las sentencias de tenuta de el Consejo, pues este conocimiento privativo se les concede por la *ley 5. tit. 19. lib. 4. Recopil.* en que se altera lo que disponen la *ley 9. y 10. tit. 7. lib. 5. Recopil.* era precisa obligacion, è interès de el Principe mantenerla, pues la exerce por su representacion, *leg. ius Senatorum, Cod. de dignit. lib. 12.* ibi: *Ius Senatorum, & authoritatem eius ordinis, in quo nos quoque ipsos ad numeramus necesse est ab omni iniuria defendere*, Iuan Franc. de Ponte *de potest. Prorreg. tit. 3. de elect. offic. §. 6. num. 2.* ibi: *Quam dignitatem Princeps, atque Prorrex maximo opere custodire debent, nam ex existimatione suorum colateralium sua pendet authoritas, & aliàs non erit iustitiæ locus, neque ea, vt decet administrari poterit.* Dom. Cresp. *obseru. 4. num. 236.* ibi: *Tum, quia nemo alius præter Principem à quo, & authoritas, & iurisditio, & praeminentiæ in eius officiales deriuantur læditur, & ab eius Fisco quasi ab ipsa persona offensa debet vindicari.*

5 Y en la gran justificacion de su Magestad, consultada con el seguro desengaño de el Consejo para la avocacion, no cabia quitar à la Chancilleria el conocimiento de esta causa estando empeçada, porque ofendiera con esta demonstracion la jurisdiccion, y preeminencia de el Tribunal, y la autoridad de los Iuezes, *leg. litigatores, 11. in princip. ff. de recept. arbit. leg. nemo, leg. fin. Cod. de iurisd. omn. iudic.* Marchesan. *de commis. auocat. causar. §. 3. num. 9.* vbi ait: *Iniquum autem, & temerarium est velle eorum iuditium, & iurisdictionem declinare ad quos causæ cognitio spectat*, D. Valenç. *cons. 171. num. 26. & 31.* ibi: *Et quia cedit in contumeliam iudicum, qui de causa cognoscere inceperunt.*

6 De que resulta, que aviendose contravenido à las leyes, y à la razon precisa de mantener à la Chancilleria en el conocimiento de la propiedad de el Estado de Sanlucar, no haziendo confiança de sus procedimientos, se tuvo presente aquella ponderacion de causa vrgente, y publica, que se necessita para vulnerar los preceptos de la ley, sin reparar en la ofensa de vn Tribunal, y en la nota de sus individuos, Paul. de Castr. *in Authent. qua in Prouincia, Cod. vbi de crimin. agi opporteat, column. 1.* D. Covarr. *in pract. cap. 9. num. 1.* ibi: *Princeps igitur auocare potest causas apud inferitia Tribunalia pendentes ex causa tamen ab eo fieri debet, vt iuste fiat*, Carol. de Tap. *decis. 1. num. 11.* ibi: *Sed post causam commissam, vel in qua Regia Tribunalia processerunt non licere hoc facere, nisi ex causa publica*, D. Valençuel. *cons. 171. num. 19. & singulariter in nostro casu*, D. Solorçan. *emblemat. 46. num. 56.* his verbis: *Addo, & finio non minus curare prudentem Principem opportere, quod vbi negotia Regni sui gubernationem, atque administrationem tangentia per distinctas Senatuum, ac Senatorum classes aulasve distribuit (vt in nostra Hispania prudentissimè, ac prouidentissimè factum esse retulimus) vni-*

cui-

cuique Senatui, vel Tribunali causas, quæ ad illud spectant relinquat, atque remittat ita, vt singuli Ministri suis officijs consueto tempore, & modo fungantur, nec nisi raro, & ex magna causa alij aliorum actionibus misceantur.

7 Y es consiguiente, que no aviendose propuesto otro motivo mas que lo que se contiene en las nulidades, si los meritos de ellos consiguieron la avocacion, que es lo principal, pues en ella està cifrada la desconfiança del Tribunal, y lo demàs que se infiere de este recurso, *ex leg. Labeo ait, §. 1. ff. de arbit.* Palacios Rubios *in cap. per vestras, not. 4. column. 1. vers. Et ita, num. 2 & column. 3.* vers. *Ex quo sequitur vnum satis notandum, num. 4. de donat. inter vir. & vxor.* Gratian. *decis. 209. num. 4.* ibi: *Præsertim cum ex tali auocatione fiat iniuria prioribus iudicibus*, D. Valenç. *cons. 171. num. 24.* ibi: *Sine causa autem fit iniuria iudici, aut Tribunali à quo auocatur causa*, D. Larrea *alleg. 103. n. 1.* ibi: *Nihil enim magis dedecet Principem, quam diffidentia, & nulla re magis Ministri notantur, quam si viderint Principem de eis non fidere.*

8 Con superior razon està autorizada con esta executoria la estimacion de las nulidades de la sentencia de vista de la Chancilleria, pues se diò causa con sus procedimientos para vencer la dificultad con que se logran recursos de aquesta calidad en el Consejo, y es necessario que contemple nuestro respecto suponerlas precisamente decididas, como antecedente de lo que expressamente està determinado, *ex leg. si hæreditate, 2. C. de ordin. cognit.* ibi: *Sufficit ei qui libertate vtitur ad victoriam de hæreditate secundum eum esse pronuntiatum, leg. 1. & 2. Cod. si ex fals. caus. instr. cap. ex part. 2. de appel. cap. suborta, de re iud.* verb. *Reprobasse*, D. Valenç. *cons. 68. num. 62.* D. Salgad. *de Reg. protect. part. 4. cap. 9. à num. 21. & in laberynt. part. 3. cap. 1. num. 74.* Valer. *de transact. tit. 5. quæst. 2. num. fin.*

9 De forma, que aviendo sido la principal consideracion de esta resolucion suficiente para el mayor fundamento de el señor Principe, desvaneciendo con èl, no fue exorbitante este remedio, aunque no sea regular su calidad, se persuade nuestro rendimiento, que en este recurso, por el qual se avocò el conocimiento de este pleito de la Chancilleria, adonde estava pendiente, no està purgado el agravio de esta circunstancia, sin declarar la nulidad de la sentencia; pues la principal quexa de el señor Principe no se dirigiò al Tribunal, sino à los sugetos que le componian, pues sus procedimientos fueron los que immediatamente ocasionaron este agravio; y no se logràra el fruto de la razon de su representacion si se la diera alguna estimacion.

10 Y lo contrario no fuera compatible con la executoria de la avocion; porque si el concepto del Consejo para la retencion fue estimar las nulidades, y agravios que avia padecido el Principe en las injurias de aquel Tribunal, no proporcionando sus operaciones à las margenes de la razon; pues se aceleravan los terminos contra el señor Principe, y se atropellava

el

el orden judicial (como se reconocerà despues) no se puede mantener la sentencia, porque se desatendiera à la autoridad que se deve à la executoria del Consejo, en que defiriò à la avocacion, vt ferè in eisdem terminis Fontanel. *decis.* 390. *num.* 22. ibi: *Motiuum ob quod retineri debebat, & retinebatur causa fundabatur in notoria iniustia sententiarum, sed quia si id tunc dictum fuisset, iam non erat quod declararetur in diffinitiua, cum eius merita essent per id pandita, dixit prudenter Senatus exceptionibus oppositis, &c. Sed pars aduersa percipiendo, vt arbitror, mentem Senatus, amplius de causa non tractabit, quomodo enim Senatus in diffinitiua, potuisset videri aliud diuersum ab eo, quod apparuit in admissione causa.*

11 Y consiguientemente parece inescusable que es notoria la nulidad que padece la sentencia que pronunciò la Chancilleria de Granada, y que es ocioso el discurrir sobre los motivos que se contemplaron, pues se hallan canoniçados con vna executoria del Consejo, si no nos vieramos precisados à assegurar con su inspeccion no tiene riesgo, ni contingencia que se dexe de estimar esta pretension.

12 Contrayendo el discurso à las nulidades que se proponen, arreglandonos en todo (como se ha dicho) al memorial ajustado para su comprobacion, se discurrirà por la serie con que se ponen en èl, observando la misma distincion para el mas perfecto conocimiento de su calidad, è individuando las circunstancias que asseguran el defecto de la sentencia en los reparos que se oponen.

Primera Nulidad.

13 ESta consiste, en que siendo el señor Marquès mayor de veinte y cinco años, se litigò este pleito en la Chancilleria en virtud del poder que diò Francisco Bermejo, à quien se le nombrò por su Curador ad litem, despues de aver conseguido venia de su Magestad; y sobre averle denegado el compulsorio que pidiò el señor Principe para exemplares de otros pleitos sobre la misma nulidad.

14 Y en lo que mira à la justificacion de este hecho, no ay controversia averse conseguido venia de su Magestad por el Marquès en el año de 67. para administrar sus bienes, y para las demàs cosas que conviniesse hazer, assi en juizio, como fuera dèl; y que en virtud de ella diò poder à Baltasar Ruiz, Procurador de la Chancilleria, para que siguiesse este juizio, y continuasse la demanda que estava pendiente, de que no se vsò, ni se hizieron los autos; antes bien se procediò con artificio, ocultando este poder, y substanciandose la causa por Baltar Ruiz, con otro poder, ò substitucion de Francisco Bermejo, posterior al que se le avia dado por el Marquès.

15 De que procede ser notoria la nulidad de estos autos por defecto de poder, pues la venia que consiguiò de su Magestad le hizo capaz para otor-

otorgarle por sì, siendo persona legitima para comparecer despues en juizio; pues aquel impedimento que se le podia considerar por su menor edad, se hallava dispensado con la venia de el Principe, *ex leg. 2. C. de his, qui veniam ætatis impetrauerunt*, ibi: *Ita vt post impetratam ætatis veniam ijdem ipsi per se principale beneficium allegantes, leg. si actor. Cod. de appellationib. gloss. in leg. 2. Cod. qui legitim. pers. stand. in iud. hab.* Montan. *de tutel. cap. 39. num. 59.* Rodrig. Suar. *allegat. 12. num. 7.* ibi: *Censetur maior quoad iudicia*, Vela *dissertat. 5. num. 34.* Cancer. *lib. 2. variar. cap. 1. num. 191.*

16 Y aunque se ha solicitado examinar la satisfaccion que se ha querido dar en contrario à este fundamento, no la encuentra nuestro cuidado, ni la puede aver para subsanar aquesta nulidad; porque aunque ha querido dezirse que el Curador ad litem puede continuar la causa, si pendiente el curso de ella cumple el menor la mayor edad, ò consigue venia del Principe, que es la conclusion que se saca de la *ley vnic. C. vt causæ post pubert. adsit. tutor.* Montan. *de tutel. dict. cap. 39. num. 64.* Gutierr. *de tutel. cap. 19. num. 1.* Virgil. *de legit. person. num. 47. & 48.*

17 La ponderacion de aquestas doctrinas es despreciable para este efecto, porque ni se oponen à la nulidad que expressamos, ni tienen aplicacion à nuestro intento; pues el Curador ad litem que nombrò el Marquès no empeçò à substanciar la causa antes de impetrada la venia, & tempore congruo, ni se funda la nulidad en que despues de aver salido à la instancia el Curador ad litem, cumpliesse 25. años, ò la huviesse conseguido.

18 Porque el motivo que influye, y se representa para esta nulidad, consiste en que teniendo el Marquès la venia desde el año de 67. y dado poder especial en virtud de ella à Baltasar Ruiz para que saliesse à la defensa del Estado de Sanlucar en el año de 69. (como consta del Memor. n. 221. no se pudo ocultando este poder, respecto de la venia, nombrar posteriormente Curador ad litem, como si no la tuviera; y era escusada diligencia hazer este nombramiento en Francisco Bermejo en el año de 70. teniendo dispensada la edad desde el año de 67. Memor. num. 220. despues de aver dado poder por sì al mismo Baltasar Ruiz para el seguimiento del pleyto.

19 Y en este caso proceden las doctrinas que hemos referido sup. n. 15. y se desvanece la respuesta con que se pretende satisfacer esta oposicion; pues solo tuviera lugar si el nombramiento del Curador ad litem fuesse anterior à la venia, para que la pudiesse continuar hecho dueño de la instancia hasta la determinacion, que son los terminos en que se deven entender las doctrinas de que se puede valer el señor Marquès, que se han dicho sup. num. 16.

20 Siendo digno de especial reparo, que teniendo Baltasar Ruiz dos poderes, y no con insercion de la venia en el año de 69. otorgado por el se-

señor Marquès para el seguimieuto de este pleyto; y otro dado por Francisco Bermejo, mencionando la curaduria, cuyo cargo se le discerniò el año de 70. substanciasse los autos en virtud de este segundo poder, pues de esta circunstancia se descubre vna prevencion cautelosa para aplicarla, conforme al exito que huviesse tenido esta dependencia.

21 Esta misma nulidad se propuso en la Chancilleria de Granada, pretendiendo el señor Principe se declarassen por nulos los autos, à cuyo intento no se pudo escusar de deferir; porque aunque la nulidad de la sentencia regularmente se deve reservar para la difinitiva, conforme à la ley de el Reyno 4. *tit.* 17. *lib.* 4. *Recop.* quando influye en los autos se deve substanciar con separacion, determinandola como excepcion perjudicial, evitando el inconveniente de que substanciada la causa, y puesta en estado de determinarse en revista, no aya autos de que poder hazer juizio para la decision de la nulidad, ex Bart. *in leg. cum quærebatur, ff. de re iudic.* Scac. *de appellat. quæst.* 19. *num.* 1. *conclus.* 6. Aceved. *in leg.* 2. *tit.* 19. *lib.* 4. *Recopil. num.* 9. & 10.

22 Y no tan solamente se desestimò esta nulidad por la Chancilleria, sino q̃ aviendose pedido para calificarla termino para presentar diferentes exemplares, en que aviendo ocurrido la misma duda en otros pleytos, avia sido la determinacion conforme à la pretension que deduxo el Principe, sin mas fundamento q̃ el mismo defecto, se le denegò este compulsorio, cõfirmando el auto en que se avia reservado la nulidad para la difinitiva; y no es dudable, que aun no queriendose determinar previamente, y con separacion sobre la nulidad, era necessario se justificasse con los medios que pudiessen conducir para su determinacion; pues la ley del Reyno 4. *tit.* 17. *lib.* 4. *Recopil.* en la reserva que por ella se practica, no prohibe la instruccion de la nulidad para su determinacion, sino vnicamente la reserva quando es dudosa.

23 Demàs de que en este caso se deviò determinar por la Chancilleria anticipadamente, por averse introducido la nulidad principalmente, y no por incidencia de la apelacion, sin poderla reservar para difinitiva, vt docet originaliter Bart. *in leg. si vt proponis, Cod. quomod. & quand. Iud. num.* 6. adonde poniendo la practica de introducir ambos medios de nulidad, dize: *Modus procedendi potest esse duplex primus, quod petat sententiam principaliter pronuntiari nullam esse; tùnc super hoc debet primò pronuntiari esse, vel non, vt leg. de qua re, ff. de re iudicat. si verò hoc non peto principaliter, sed peto principaliter sententiam ferri de novo, quia prima fuit nulla, tùnc cognoscitur incidenter, & super hoc incidenti non est necesse, quod pronuntietur nulla.* D. Covarrub. *pract. cap.* 24. *num.* 6. *versic. Quandoque principaliter,* Vanc. *de nullitat. tit. quod, & quib. modis, n.* 24. Scac. *de appellationib. quæst.* 19. *remed.* 1. *concl.* 6. *num.* 111. ibi: *Additus super nullitate principaliter intentata debet prius cognoscere, & pronuntiare super nullitate, tanquam super iuditio principaliter deducto; & pos-*

postea super meritis causæ principalis, D.Lorenç.Math. *de Regimin.cap.* 12.*§.5.num.5.*

24 Y es tan preciso, que introduciendose en esta forma la nulidad, se se deve determinar anteriormente, alias se incurriera en otra nulidad, ex doctrin.Bald.*in leg.tale pactum,§.qui provocauit,num.*25.*ff. de pact.* ibi: *An teneat processus ad vlteriora causæ si prius non pronuntiatur de nullitate ex qua talis processus subsequeretur? Et dic quod non, si est petitum de nullitate pronuntiari extra de Iudicijs, cap. exhibita, quia est factum non solum contra formam legis, sed contra formam petitionis, & in leg. ordinarij, C.de rei vindicat.* Lancelot.*de attent. part.*2.*cap.*17.*num.*36.ibi: *Pendente cognitione articuli nullitatis non potest Iudex cognoscere negotiũ principale*, D.Salgad.*de Reg.protect part.*2.*cap.*18.*num* 40.ibi: *Foret nullitati nullitatem addere si stante hac oppositione nullitatis non pronuntiaretur ante omnia super illis.*

25 En tanto grado, que hasta que se determine la nulidad no corre el termino para la apelacion, ò suplicacion de la sentencia, *ex leg.contra maiores, C.de inofficios.testam.* vbi Cyno Felin.*in cap ex ratione, de appellationib.num.*4.D.Salgad.*de retent.part.*1.*cap* 15.*num.*25.ni se pudo innovar en la causa principal, Bart.*in leg.* 1. *C.quand.prouocar. non est neces. num.* 18.Bald.*in Auth.quæ supplicatio, in fin.Cod. de precib Imperat.offerendis*, D.Covarrub.*practic.dict.cap.*24.*num.*6.versic.*Quandoque*, ibi: *Tunc sanè opinor magis receptum esse nihil fore nouandum pendente hoc iudicio donec finita sit nullitatis causa.*

26 Sin que à esto pudiesse obstar *dict.leg.*4.*tit.*17.*lib.*4.*Recop.* por la qual se reservan las nulidades que se introducen contra las sentencias de vista de los Tribunales superiores, pues se entiende quando son dudosas; porque en este caso, aunque aya pedimiento formal sobre ellas, se deven reservar; pero justificandose notoriamente por los autos, se deve determinar con anticipacion de la causa principal, Card.Luc. *in tract. de iudic. disc.*37.*num.*72.ibi: *Aut verò nullitas est probabiliter dubia, siue de illa, non est oppositum, nisi in fine post causam instructam, & discusam coram Iudice ad quem, & tùnc licitum sit vnico contextu infirmari primam, tanquam nullam.*

27 Procediendo lo mismo en las excepciones dilatorias que se oponen para impedir la contestacion, en que es resolucion comun se pueden reservar quando estuvieren dudosas, ò intrincadas, y no consta su justificacion de los autos, *ex leg.nam posteà, ff.de iur. iurand. vbi gloss. & communiter DD.in leg.ille à quo, §.si de testamento. ff. ad Senat. Consult. Treb. leg.si is à quo, ff. vt in possessionem legat.* Afflict.*decis.*52.*&* 63. D.Molin. *de Hispan.primog.lib.*4.*cap.*9.*ex n.* 39. Carlev.*de iudic.tit.*2. *disp.* 5.*à n.* 13.Francisc. Maria Patr.*tom.*1.*discept.cap.*29.*n.*20.

28 De suerte, que constando, como constava, notoriamente de los autos se avia seguido este pleito en virtud del poder de Francisco Bermejo;

que le diò como Curador ad litem del señor Marquès, despues que tenia concedida venia de la edad por su Magestad, aviendose propuesto la nulidad de la sentencia con este motivo por el señor Principe; no se podia reservar, pues no era dudosa, sino que se avia de determinar como accion de diverso juizio, por averse introducido principalmẽte sobre la nulidad; pero no tan solamente se faltò à la disposicion legal en la reserva, sino que se le deniega el compulsorio de otros exemplares para comprobacion de la misma nulidad.

29 Y consiguientemente en aver desestimado la nulidad por defecto de poder, que es la principal que vamos ponderando para la sentencia de la Chancilleria de Granada, se descubre otra en averla reservado, convenciendose su agravio en qualquiera forma que se quiera considerar; porque aunque no constasse de los autos, no se pudo negar al compulsorio, que se pidiò por el señor Principe para justificacion de esta nulidad; pues siendo exemplar de aquel Tribunal, tenia por su autoridad fuerça de ley, *leg. nam Imperator, ff. de legib.* ibi: *Aut rerum perpetuò similiter iudicatarum, authoritatem cum legis obtinere debere. cap. in casu*, versic. *Cum in similibus, de re iudicata*, Barbos. *in leg. post dotem, num. 47. ff. solut. matrim.* Cabed. *decis. 212. num. 5.* Antunez *de donationib. Reg. lib. 1. cap. 10. n. 44.*

30 Reconociendose por el señor Marquès el defecto de la sentencia de la Chancilleria, por averse seguido este pleyto con el poder que otorgò Francisco Bermejo, pretendiò subsanarle, dando nuevo poder en el año 1680. à Baltasar Ruiz, ratificando todo lo que se huviesse obrado, y actuado en razon de dicho pleyto de Sanlucar, como si huviesse estado presente para que pudiesse proseguirle, y fenecerle en todas instancias; y en virtud de este poder se le mandò dar traslado de las Cedulas de su Magestad, que se avian despachado para traer los autos originales al Consejo, pidiendo se suspendiesse el cumplimiento de ellas, *Mem. num. 2022.*

31 Esta ratificacion es despreciable, sin que en ninguna forma pueda ser capaz que por ella tenga subsistencia lo que se avia actuado con defecto de poder; porque aviendo sido nulos los autos, y pedido se declarasse por nula la sentencia, no puede obrar efecto alguno la ratificacion, por no averse hecho en tiempo para su validacion, y por averse adquirido derecho à la parte que opuso la nulidad, procediendo esto con superior razon, quando de la ratificacion de los autos se descubria el perjuicio del señor Principe, D. Gregor. Lop. *in leg. 20. tit. 5. part. 3. gloss. No le diziendo*, Gutierr. *lib. 2. pract. quæst. 22. num. 19.* Pareja *de instrum. edit. tit. 5. res. 10. n. 80.* Parlad. *lib. 2. rerum quotid. cap. fin. part. 3. §. 2. num. 10.* D. Olea *tit. 6. quæst. 9. num. fin.*

32 Y creyendo que en esta circunstancia no se ha detenido el Marquès, pues conoce no puede conducir para habilitar lo que se avia executado sin poder, escusamos el dilatarnos en mayor satisfaccion, con el perfecto desengaño de que en esta ratificacion no puede encontrar remedio

dio

dio para pugar el vicio de la nulidad, y ser sin controversia la desestimació que merece la diligencia del poder, que solo podrà obrar para los actos subsiguientes; pero no para la confirmacion de lo que antecedentemente se avia obrado.

33 De que resulta, que es notorio el convencimiento de esta primera nulidad, que se opone contra la sentencia de la Chancilleria, que recayò sobre vnos autos substanciados con Baltasar Ruiz, que no tenia poder, ò que teniendole especial para aqueste efecto, despues de conseguida la venia por el señor Marquès, le ocultasse, y se valiesse del que le diò Francisco Bermejo, à quien se le nombrò por Curador ad litem del Marquès, despues de conseguida la venia, siendo posterior, assi el nombramiento de Curador, como el poder dado en virtud dèl à la venia, y poder que se avia dado por el Marquès para seguimiento de este pleyto, concurriendo con esto el agravio de la Chancilleria, no solo en aver reservado esta nulidad para difinitiva, que fue añadir nulidad à nulidad, sino en averle negado el compulsorio que pidiò el señor Principe de otros pleytos en que se avia estimado la misma nulidad.

Segunda Nulidad.

34 LA segunda nulidad se reduce à que el processo fue inordinado por los motivos que tiene representados, y para justificacion del modo con que se procediò por la Chancilleria, no era necessario mayor examen que aver dado fundamento con lo que obrò para intentar el recurso; y podiamos omitir la prolixidad de especificar actos algunos para su comprobacion, porque la mas fiel prueba del modo inordinado con que se procediò consta notoriamente de los autos, D. Salgad. *de Reg. protect. part. 4. cap. 1. num. 23.* ibi: *Gravamen autem in iniustia ordinis non servati notorium patens est, & evidens exactis*; y bastava la avocacion para acreditar el fundamento de la nulidad por este motivo, *ex leg. pro latam, C. de sententijs, & interloc.* vbi Bald. & Paul. de Castr. Vant. *de nullit. ex defect. process. à num. 40.* D. Salg. *de Reg. protect. part. 2. cap. 18. & part. 4. cap. 13. à num. 12.*

35 Pero respecto de que esta nulidad se induce, assi para los autos que se hizieron en la Chancilleria despues de pronunciada la sentencia, como tambien para lo que se actuò antes de ella, y que nuestro principal instituto es representar la nulidad de la misma sentencia, que es el agravio principal que falta de determinar à favor de la señora Duquesa, pues en lo que mira à los posteriores tiene bastante satisfaccion la avocacion que recayò sobre los fundamentos que se propusieron para aqueste efecto, como fueron, aver recibido la causa à prueba en la segunda instancia, sin estar contestada la segunda suplicacion contra el texto en la *ley 1. tit. 6. lib. 4. Recopil.* en mandar que corriesse el termino de la prueba, pendien-

diente la remision de la sentencia de vista sobre los frutos, siendo vn juizio indivisible, y vna instancia sobre la propiedad, y sobre los frutos, *ex vulgari regula in leg. cum qui ades, ff. de vsucapionib. cap. cognouimus, 22. quaest. 2. leg. nulli, Cod. de iuditijs, vbi communiter DD.* D. Salgad. *in labyrint. cred. part. 1. cap. 16. num. 29.* ibi: *Omnium vnitorum vnum est iuditium, vna, & eadem instantia, idem termini in omnibus seruantur, & omnibus simultaneè pro sunt, omnes aequalitèr pari passu ambulant*; de que resultò estar el pleito recibido à prueba sobre la propiedad vn año antes de determinarse sobre los frutos.

36 Admitir quantas recusaciones propuso el Marquès, de sestimar las mas justificadas que propuso el Principe, proveyendo innumerables autos, con la calidad irregular de sin embargo de suplicacion, aver reservado la nulidad de el poder para difinitiva, *vt dictum est*; y averse pedido por el Principe el poder que avia otorgado el Marquès en virtud de la venia el año de 69. y vn testimonio de vn exemplar de la Chancilleria en otro pleito de la misma calidad entre el Marquès de la Aljava, y Don Luis de Guzman, en que se avian declarado por nulos los autos, denegandosele todo, y reservando por executoria la nulidad para difinitiva.

37 Por esta consideracion escusamos hazer especial discurso, mencionando otros diversos actos que constan de el processo para su nulidad, y passarèmos vnicamente à los que conducen, y se deven estimar para la nulidad de la sentencia de la Chancilleria; y como estos se descubren en las dos nulidades siguientes, es ocioso hazer especial examen, quando en la precision de el hecho que se ha de referir para su comprobacion, se deduce con evidencia lo inordinado de los procedimientos de la Chancilleria.

Tercera Nulidad.

38 FVndase en que no se pudo nombrar por la Chancilleria por Iuez à Don Miguel de Arostegui en lugar de Don Jacinto de Andrade, que avia sido recusado, ni regular para la sentencia de vista el voto de el dicho Don Miguel de Arosteguì; y que por averlo hecho, y votado fue nula la sentencia.

39 Y antes de entrar en el hecho constante de esta nulidad para descender al fomento que la ocasiona, es conclusion cierta en la disposicion legal que la nulidad de qualquiera de los votos q̃ concurren en vna sentencia, es transcendẽtal para contemplar por nula en todo la determinacion, *ex cap. cum super, de officio, & potest. iudic. delegat.* ibi: *Quòd à duobus factum fuerat effectum non potuit de iure obtinere*, Tusco, Farinac. Cavalcan. *de brach. Reg. part. 3. num. 318.* Guacin. *de defension. reor. defens. 1. cap. 19. n. 19.* Barbos. *in dict. cap. 1.*

40 Que es lo mismo que sucede en las elecciones quando ay nulidad en alguno de los votos, ò electores, fundandose en la misma razon, que es

es la individualidad de el acto, pues por ella se destruye toda la eleccion, *ex cap. Cumana Ecclesia, de elect. cap. quia propter, eod. tit. column.* 2. Antonio de Butr. *in cap. fin. de Procurat. a num.* 2. Caved. *part.* 2. *decis.* 84. *num.* 15.

41 De suerte, que si constasse aver meritos para acreditar la nulidad de el voto de Don Miguel de Arosteguì, por no averse podido introducir en el conocimiento de este pleito, ni a votarle, se deve estimar esta nulidad en el todo de la sentencia para que no tenga efecto, ni pueda obrar cosa alguna su decision.

42 Supuesta esta regla es necessario hazer tambien supuesto de el hecho para su aplicacion, que se reduce, que aviendo estado este pleito visto en la Chancilleria, desde el año de 58. hasta el año de 70. en que el Marquès bolviò à suscitarle en medio de la negligencia que avia manifestado hasta este tiempo, aunque fueron repetidas las diligencias del señor Duque de Medina de las Torres por la seguridad de su justicia, pues la tenia calificada con la sentencia de tenuta de el Consejo (de que se olvida el señor Marquès, numerando tambien este tiempo en la dilacion que atribuye) con el motivo de no aver quedado mas que dos Iuezes de los trece que concurrieron à la vista para la mayor seguridad de su justicia, obtuvo Cedula de su Magestad para que se bolviesse à ver por nuevos Iuezes, supliendo los que avian faltado.

43 Con la noticia que tuvo el señor Marquès de este Despacho, consiguiò segunda Cedula, en que alterandose la antecedente se mandò se viesse este pleito por los Iuezes de vna Sala entera, con afsistencia de el Presidente, y que estos con los dos que avian quedado de los que le avian visto al principio (que eran Don Francisco Marin de Rodezno, y Don Fernando Queypo) le determinassen.

44 Tambien es cierto, que obedeciendo este orden se viò el pleito por el Presidente, y quatro Iuezes de Sala entera, y vno de èllos fue Don Iacinto de Andrade, à quien se le recusò por el señor Principe, y por el Acuerdo se mandò se abstuviesse de ser Iuez, nombrãdo en su lugar à Don Miguel de Arosteguì, que concurriò con los demàs Iuezes en la sentencia de vista que se pronunciò.

45 Sobre este supuesto, q̃ es indubitable, se funda la nulidad de la sentencia en aver sido nulo el voto de D. Miguel; porque aviendo quedado numero competente de Iuezes para pronunciar sentencia despues de recusado Don Iacinto de Andrade, devieron determinarle los seis que quedaron sin que se pudiesse nombrar à Don Miguel, por ser conforme à las leyes de el Reyno, *ex leg.* 14. *&* 15. *tit.* 10. *lib.* 2. *Recop.* ibi: *Y si fuere dado por recusado, lo determinen los que le huvieren visto, siendo numero de Iuezes competente para lo poder determinar*, procediendo lo mismo en caso de morir algunos Iuezes despues de visto el pleito, y no dexando su voto, aviendo numero bastante para formar sentencia, *leg.* 46. *tit.* 5. *lib.* 2.

 Re-

Recop. y en los pleitos del grado de la segunda suplicacion, *leg.* 12. *tit.* 20. *lib.* 4. *Recop.* y en los autos acordados de el Consejo en el octavo se nos enseña, y previene literalmente el caso de la recusacion.

46 En las Ordenanças de la Chancilleria de Granada ay Cedula de el señor Rey Phelipe Segundo de quatro de Febrero de 1559. que es la 4. *tit.* 12. *lib.* 2. donde en el §. 5. dize: *Y si fuere dado por recusado, los que quedaren que le huuieren visto, lo determinen*: y es concordante otra de 24. de Iulio de el año de 1576. que esta en el *tit.* 4. *lib.* 2.

47 El fundamento, y disposicion de estas leyes, y ordenanças consiste en que las Chancillerias, y Salas que las componen tienen concedida la jurisdiccion, *Coniunctim, & collegiatiuè*; y faltando alguno de los individuos, se conserva en los demàs, que es lo que notò Bart. *in tract. de iurisdict. column. penult.* versic. *Quandoque, ex leg. Imperatores, §. si Magistratus, ff. de appellationib.* ibi: *Collegam eius interim vtriusque officium sustinere*, Boer. Mut. *in cap. Regn. Siciliæ, cap.* 366. *num.* 9. Vulter. *de iudit. lib.* 1. *cap.* 4. *num.* 233. que habla en terminos de el Senado, ò Tribunal de los Assessores de la Camara Imperial, ibi: *qui iurisdictionem habent coniunctam habent iurisdictionem illam in corpore, siuè Collegio illo nullus per se solus. Quomodo nullus Assessorum Cameræ Imperialis iurisdictionem habent per se, sed quam habet eam habet in Collegio. Iurisdictio enim est vna, ac proindè Iudex vnus ex personis pluribus, vt ita dicam conflatus, verumtamen hoc, vel illo impedito, cœteri nihilominus officio suo funguntur.*

48 Y en esta forma faltando alguno de los Iuezes por muerte, ò recusacion, està existente toda la jurisdiccion en los demàs que se consideran por habiles, llegando al numero de tres para que determinen la causa, sin subrogar en lugar de los que faltaron otros nuevos Iuezes, *ex leg.* 43. *tit.* 5. *lib.* 2. *Recopil.* Aceved. ibidem D. Larrea *allegat.* 118. *num.* 11. limitandose solamente no aviendo el numero de tres, que es bastante para formar sentencia, *quia tùnc*, se han de suplir de la misma Sala, ò de la precedente, hasta componer el rumuero, *ex leg.* 46. *tit.* 5. *lib.* 2. *Recop. dict. leg.* 14. *tit.* 10. *lib.* 2. *Recop.* ibi: *Y aviendo defecto se tome de otra Sala*; y en las Ordenanças de la Chancilleria, *cap.* 24. versic. *Quando, tit.* 4. *lib.* 2. pues aunque el vniversal cuerpo, y representacion de el Tribunal se conserva en vno, *ex leg. sicut municipium, §. si decurionum, ff. quod metus causa*, es necessario para que aya sentencia que concurran tres votos conformes, *ex dict. leg.* 43. *tit.* 5. *lib.* 2. *Recopil.*

49 De suerte, que en este nombramiento de Don Miguel de Arostegui ay vna oposicion expressa à las leyes de el Reyno, y Ordenanças de la misma Chancilleria, por aver quedado numero de Iuezes competente despues de la recusacion de Don Iacinto de Andrade; y para la comprobacion de esta practica pudieramos traer diversos exemplares de pleitos que se han visto por mucho numero de Iuezes, y se han votado por los que han

que-

quedado, sin suplir los que han faltado por muerte, recusacion, ò otro impedimento, como sucediò en el pleito de Tarifa, que aviendose visto por todo el Consejo se votò por quatro señores Iuezes, y cõ el motivo de averse remitido se bolviò à ver con todo el Consejo. Y lo mismo sucediò sobre la tenuta de el Estado de Poça en el pleito que litigò el Marquès de Leganès con el Duque de Sessar, en que intervino todo el Consejo, y se determinò por solos tres señores Iuezes, y se pudiera hazer memoria de otros muchos modernos en el Consejo.

50 Pero teniendo en la contravencion de los procedimientos de la Chancilleria cõ que obrò en este pleyto el mayor testimonio, no se necessita de otro exemplar; porque aviendose pedido por el señor Principe se supliesse el numero, nombrando nuevos Iuezes, por aver faltado la mayor parte de los que vieron este pleyto en el año de 58. pues no avian quedado mas que dos, se contradixo por el señor Marquès esta pretension, fundandose en las leyes, y ordenanças que llevamos referidas, para que en virtud de ellas se nombrasse vn Iuez para componer el numero de tres; y con esta oposicion huvo executoria denegando al Principe lo que pedia, y mandando que el pleyto se viesse por solo vn Iuez.

51 De que nace vna contradicion manifiesta de lo que obrò la Chãcilleria en el nombramiento de Don Miguel de Arostegui; porque aviendo estimado no se devia nombrar mas que vn Iuez para que votasse el pleito, con los dos que le vieron en el año de 58. y aviendo quedado seis despues de la recusacion de Don Iacinto de Andrade, contra lo mismo que avia determinado, nombra à D. Miguel en su lugar.

52 Y esta inconsequencia que es mas poderosa que la notoria injusticia, justifica la nulidad del voto, pues se contraviene con ella, no solo à las leyes del Reyno, y ordenanças de la misma Chancilleria, *ex leg. non dubium, C. de legib. leg. fin. §. fin. C. de veteri iure enucle, Authent. de iudic. §. fin.* Vant. *de nullit. tit. an qualibet sentent. pos. dic. nulla, à num.* 1. Fontan. *decis.* 283. *à num* 11. ibi: *Iudices quicumque, siue maiores, siue minores in procedendo, & sententias proferendo generales leges obseruare debent, alias si aliter sententiæ proferuntur nulliter proferuntur, ita vt appellare ab eis non sit necessarium, tanquam sine iurisdictione prolatis, quæ est maxima omnium nullitas,* Ponte *de potest. Prorr. tit. de delegat. caus. per tot.* D. Lorenç. Math *de regim. Regn. Valent. cap.* 2. *§.* 2. *n.* 65.

53 Sino tambien à la observancia del estilo, y practica vniversal de los Tribunales del Reyno, D. Francisco de Amaya *in leg.* 5. *Cod. de bon. vacant. n.* 21. Tapia *decis.* 12. y en terminos de nulidad de voto D. Crespi *obseru.* 10. *n.* 46. & 52. ibi: *Ex quo manifestè deducitur votum prædictum nullum esse, quia datum fuit contra stylum Supremi Consilij*: y si se atiende à la contradicion que tuvieron las determinaciones de la Chancilleria, pues aviendo declarado por executoria, que faltando alguno de los Iuezes, no se devian subrogar otros en su lugar, la subingressión de Don Mi-

guel que fue resolucion contraria, tambien contiene nulidad, *ex leg. 1. Cod. quand. provoc. non est neces.* & lata manu Fontanel. *decis. 177. ex n.* 8. D. Salgad. *in laberynt. part. 3. cap. 1. n.* 170.

54 Hasta aqui se ha fundado la nulidad de la sentencia, por ser nulo el voto de Don Miguel en averse contravenido à las leyes del Reyno, ordenanças de la Chancilleria, y practica de los Tribunales; pero con este defecto concurre otro de igual ponderacion para la nulidad del voto de Don Miguel, por no aver sido de los quatro que compusieron la Sala, que se nombraron en virtud de la Cedula de su Magestad; y assi no pudo incluirse en el conocimiento de esta causa, ni en la sentencia que se pronunciò.

55 Porque aunque los Oìdores de la Chancilleria componen vn Tribunal, como para la mejor expedicion de los negocios se dividiò el vso, y exercicio de la jurisdicion en quatro Salas, con especial assignacion de los negocios que se trataren en cada vna dellas, *ex leg. 3. tit. 5. lib. 2. Recop.* ibi: *Y que en cada vna de estas dichas Salas, los Oìdores que en ellas estuvieren òigan, libren, y determinen de todo en todo, assi en primera instancia, como en grado de apelacion, ò suplicacion, todos los pleytos, y causas que en la tal Sala se trataren, leg. 18. eodem tit. leg. 23. 33. 48. eodem tit.* D. Solorç. *de Ind. gubern. lib. 4. cap. 3. à num. 67. & in Politic. lib. 5. cap. 3. q. 765.* D. Salced. *in annalect. iuris, in leg. 63. tit. 4. lib.* 2. que es practica tambien de los Tribunales superiores de otras Provincias; de las Audiencias de Cataluña Fontanel. *decis.* 283. & 284. de las de Valencia, y de Napoles D. Lorenç. Math. *de regim. dict. cap. 2. §. 2. à num.* 63. Carlos de Pet. *rit. 53. num. 6.*

56 Y no se opone esta separacion de Salas, ò classes à la vnion de el Tribunal; porque aunque la jurisdicion sea vna, è individua en la substancia, es divisible el exercicio della, y se distribuye entre las mismas Salas, para la mejor administracion de justicia, ex doctrina Bart. *in leg. inter tutores, ff. de administrat. tut. n. 5. &* 6. ibi: *Non erit divisa iurisdictio quæ non potest dividi à se ipsa, cap. Imperialem, §. præterea, de prohibit. feud. alienat. sed est divisa administratio, seu exercitium iurisdictionis*, Bald. *in leg. 1. de offic. Consul, num. 11. vbi de divisione iurisdictionis per portas*, Felin. *in cap. prudentiam, de offic. delegat. num. 3. & 5.* Prospero Fagn. *in cap. statuimus, de supplenda neglig. Prælat. num. 45. & in cap. cum olim, de maiorit. & obedient. num. 66.*

57 De suerte, que siendo Don Miguel de Arostegui de otra Sala distinta de la que se nombrò para que se viesse este pleyto, en conformidad de la Cedula de su Magestad, no se pudo introducir en su conocimiento, ni determinacion; pues en lo que principalmente consiste la separacion del exercicio de las quatro Salas es, que los Iuezes de vna no se puedan introducir en los negocios de otra, *ex leg. solemus, §. 1. ff. de iudic. leg. vel inter partes, de administration. tut. leg. quæro, ff. de solut.* Bald. *in dict. leg. 1. ff. de offic.*

offic.Conf.num. 11. *in fin.* ibi: *Vbi est iurisdictio distinta per portas non valet ipso iure processus Iudicis alterius portæ,* Tondut. *de prævent. part.* 2. *cap.* 2. *num.* 11. y en nuestras Audiençias, y Chancillerias es expressa la autoridad del señor Don Iuan de Solorçano *lib.* 4. *cap.* 3. *num.* 70. ibi: *Et nullitatem inducere si alij Iudices se in aliorum causis immisceant, quia vna quaque aula veluti diversum territorium ab alia constituit.*

58 Siendo mas indubitable aquesta nulidad por defecto de jurisdició de Don Miguel; porque la q̃ tienen los Oìdores de las Chancillerias, es vt vniuersi, en quanto componen Sala, ò Tribunal, que es à quien està cometido el conocimiento de las causas, *ex leg.* 3. *tit.* 5. *lib.* 2. ibi: *Por quanto las Audiencias, y Chancillerias fueron ordenadas antiguamente por los Reyes de gloriosa memoria nuestros Progenitores, para que los pleytos, y contiendas que en ellos huviesse entre nuestros subditos, è naturales fuessen prestamente libradas, y determinadas por justicia, y por derecho,* & postea: *Y que en cada vna de estas Salas los Oìdores que en ellas huviere, oìgan, libren, y determinen, leg.* 30. *eodem tit.* en la qual no se permite que vno de los Oìdores pueda ver el pleyto en su casa para votarle con los demas Iuezes de la Sala, sino es aviendo preciso, y justo impedimento.

59 Y conforme à esto ninguno de los Oìdores tiene jurisdiccion in actu, aut in habitu, iuxta text. *in leg. vbi absunt, ff. de tutorib. & curat. dat. cap. irrefragabili,* §. 1. *de offic. ordin. cap. Episcopus,* 15. *quæst* 7. Anton. Butr. *in cap. prudentiam, de offic. delegat. num.* 15. ibi: *Ad primum dicendum est, quod quando iurisdictio ordinaria tribuitur pluribus vt Collegio, & tunc singuli, nec habitum, nec exercitium solidum iurisdictionis habent, sed bene habent omnes, vt Collegium,* Decio *in dict. cap prudentiam, num.* 34. ibi: *Conclusio prima est, quod si pluribus competit iurisdictio, vel potestas, vti Collegio, vel Vniversitati, tunc talis potestas non est apud singulos de Collegio, vel Vniversitate, sed apud ipsum corpus Collegij, vel Vniversitatis,* D. Cresp. *observ.* 10. *à num* 6.

60 Y consiguientemente no tuvo jurisdicion Don Miguel de Arostegui para poderle introducir en el conocimiento, y determinacion de este pleyto, por no ser Iuez de la Sala donde se viò en virtud de la Cedula de su Magestad, ni le pudo nombrar la Chancilleria, por no estar en los terminos de la *ley* 46. *tit.* 5. *lib.* 2. *Recop.* y siendo como es nulo el voto de Don Miguel por los motivos referidos, es tambien nula la sentencia, ex his quę diximus supra num.

61 No parece que puede aver fundamento para satisfacer esta nulidad, y que tenga subsistencia el nombramiento de Don Miguel; porque la satisfaccion que se ha querido dar, confessandose ingenuamente lo cierto de la regla, de que recusado alguno de los Iuezes, deven pronũciar sentencia los demas, quedando numero competente, ha sido el quererla limitar quando ay rescripto de su Magestad, señalando cierto numero de Iuezes, porque entonces deven concurrir todos, y faltando alguno, se deve subrogar

gar otro en su lugar, *iuxta legem duo ex tribus, de re iudicat. cap. vno de legatorum, de offic. delegat. leg. 17. tit. 22. part. 3.* y para este efecto se valen del orden de su Magestad de 3. de Iulio de 76. en que se ordena se viesse este pleyto por vna Sala entera, con asistencia del Presidente; y que componiendose de quatro Iuezes la Sala, recusado Don Iacinto de Andrade, deviò la Chancilleria nombrar otro en su lugar; para reintegrar el numero de Iuezes que señalava la Cedula.

62 Y reconociendo ser incompatible este nombramiento con la executoria en que la Chancilleria desestimò la pretension que introduxo el Principe, sobre que este pleyto se bolviesse à ver por todo el Acuerdo, supliendo el numero de Iuezes que le avian visto el año de 58. se dize por el señor Marquès, que en aquel primer tiempo avia vna Cedula de su Magestad de 8. de Noviembre de 54. para que se guardassen las leyes, y ordenanças en la decision de esta causa, y que asi no se podian nombrar mas Iuezes que los tres, que eran necessarios para formar sentencia: y que en el segundo tiempo en que se mandò ver por Sala entera con el Presidente, no huvo Cedula para que se guardassen las leyes; y asi se pudo nombrar à D. Miguel, aunque quedaron seis despues de recusado D. Iacinto.

63 Pero estas soluciones se excluyen con evidencia, porque la Cedula no fue para que el pleyto se viera, y determinara por quatro Iuezes, y el Presidente, sino para que se viesse por vna Sala entera, concurriendo el Presidente, y que en la determinacion dieran tambien sus votos los dos Iuezes que avian quedado de los que vieron este pleyto el año de 58. Memor. num. 257.

64 Y es necessario distinguir la vista, y la determinacion; porque aunque en el primer tiempo devieron concurrir quatro Iuezes, como se ordenava en la Cedula; en el segundo tiempo solamente pudieron votar los que quedassen habiles aviendo el numero de tres para formar sentencia, *iuxta dict. leg. 14. & 15.*

65 Demàs, que aunque la Cedula comprehendiera ambos tiempos, siendo Sala de quatro Iuezes la que se nombrò, aunque faltasse alguno, se conserva en los demàs la representacion del Tribunal, ò Sala, Panorm. *in cap. prudentiam, de offic. delegat. num. 7.* D. Francisc. Merlin. Pignat. *cent. 1. cap. 25. à num. 18.*

66 Y aunque sea regla cierta que nombrandose dos, ò tres, ò mas Iuezes para el conocimiento de alguna causa, deven concurrir todos en la decision, ò sentencia; y faltando vno de los nombrados, es nulo quanto obraren los demàs, *ex dict. leg. duo ex tribus, ff. de re iudicat. cap. prudentiam, de offic. delegat. cap. sicut, de eo, qui miti. in poss.* y en los Iuezes arbitros son textos formales, *leg. item si vnus, §. item si plures, cum sequentib. ff. de recept. arbitr. ex ratione tradita in §. fin.* ibi: *Potuit præsentia eius trahere eos in eius in sententiam, leg. sicut tribus, leg. non distinguemus, §. cum in plures, ff. eodem tit. leg. 17. tit. 22. part. 3.*

Lo

67 Lo qual procede, no solo en los Iuezes Delegados, sino tambien en los Ordinarios, *quando simul, & coniuntim*, empeçaron à conocer la causa, *ex leg. si vni aliàs Pomponius, ff. de re iudicat.* Ias. *ibid. num.* 5. Anton. Gom. *in leg.* 38. *Tauri, num.* 2. Tondut. *de prauent. part.* 2. *cap.* 1. *num.* 68. Iamar. *de offic. iud. part.* 1. *quæst.* 24. *num.* 109. y para que se diga que concurren todos los Iuezes nombrados, es necessario que estèn presentes al tiempo de la decision, y sentencia, *ex leg. tunc autem, ff. de re iudic.* ibi: *Tùnc autem vniuersi Iudices intelliguntur iudicare cum omnes ad sunt glos. ibidem*, Paul. de Castr. & Bart. *in dict. leg. si vni, ff. eodem tit.* D. Cresp. *obseru.* 10. *num.* 20.

68 Estas reglas cessan con la diferencia que ay, y se haze entre los Iuezes Ordinarios, y los Delegados, ò Arbitros, porque en estos si falta alguno por muerte, recusacion, ò otro impedimento, espira la jurisdiccion de todos, iuxta text. *in cap. vno delegatorum, de offic. delegat. & ibi glos. verb. Delegatorum*, & sic notant communiter DD.

69 *Secus verò* en los Iuezes Ordinarios, porque aunque estando habiles, y capaces, deven concurrir todos si falta alguno por muerte, ò recusacion, ò otro impedimento legal, se conserva la jurisdiccion en los demas; y quedando numero bastante, deven pronunciar sentencia, vt docet originaliter Ias. *in dict. leg. si vni, aliàs Pomponius, ff. de re iudic. num.* 5. ibi: *Secunda conclusio est, quod licèt plures Ordinarij habeant iurisdictionem, & exercitium in solidum; tùnc si omnes simul ceperunt de causa cognoscere, non potest pronuntiare vnus sine alio, sed debent omnes simul iudicare, nisi vnus iuret sibi non loquere, vt hoc text. qui est singularis. Secundò, intellige de sententia diffinitiua non de interlocutoria. Tertiò, limita quando plures Ordinarij ceperunt simul cognoscere, & posteà vnus sit impeditus infirmitate, vel alia iusta causa: tùnc alij possunt procedere, & diffinire, leg. vnic. ff. de offic. cons.* Xamar. *dict. part.* 1. *quæst.* 24. *num.* 109.

70 Es decisivo el lugar de Vultei. *de iudit. lib.* 1. *cap.* 4. *num.* 233. vbi propone la regla de los Iuezes Delegados: *Et posteà inquit non idem omninò est si plures sunt Iudices Ordinarij.* Et infrà: *Hoc vel illo impedito cæteri nihilominus officio suo funguntur, etiamsi ea quæ dict. cap. prudentiam in delegatis pluribus desiderat non obseruentur.*

71 Pedro Barbos. *in leg. si longius,* 18. *ff. de iudic. num.* 18. reconoce la misma distincion, ibi: *Necessario faciendam esse differentiam inter delegatum, & ordinarium, nam si duobus ordinarijs competat cognitio alicuius causæ, cuilibet in solidum videtur competere iurisdictio, non solum quoad substantiam iurisdictionis, sed etiam quoad exercitium, dict. leg. si vni,* & ibi Bart. *num.* 1. *infr. de re iudic & sic altero impedito alter solus cognoscet de causa, leg.* 1. *supr. de offic. Cons. iurisdictio autem delegata duobus simul commissa, quamuis quoad substantiam iurisdictionis videatur omnibus in solidum competere non tamen quoad exercitium, & ideò si vnus sit impeditus alter cognoscet.*

72 Esta misma diferencia està calificada con expressa decision de las leyes del Reyno; por que en la *ley 3. tit. 5. lib. 2. Recopil.* se asignan para cada vna de las Salas de las Chancillerias quatro Oydores; y en caso que despues de visto el pleito faltasse alguno, ò le recusen las partes, no se subroga otro en su lugar, quedando numero bastante para que le voten, y determinen, *ex dict. leg. 14. & 15. tit. 10. lib. 2. Recopil.* sucediendo esto mismo en las causas de segunda suplicacion, que teniendo numero determinado de cinco Iuezes los que deven ver, y determinar las causas, *ex leg. 2. tit. 20. lib. 4. Recop.* si despues de vistas muere alguno, ò se dà por recusado, se determinan por los que quedan, *ex leg. 12. tit. 20. lib. 4. Recop. vt dict. est, supr. num.*

73 De forma, que siendo, como eran, Iuezes Ordinarios los quatro Iuezes de Sala entera, y el Presidente, que concurrieron posteriormente à la vista de este pleito, por contemplarse ordinaria la jurisdiccion que tienen las Audiencias, y Chancillerias, y qualquiera de sus Salas, *ex leg. 1. tit. 4. part. 3.* Pater Molin. *de iustit. & iur. tract. 5. disp. 13. num. fin.* D. Solorçan. *de Indiar. Gubern. lib. 4. cap. 4. num. 39.* Matheu *de Regim. cap. 2. §. 2. num. 19. & cap. 6. §. 5. num. 31.* aunque huviesse faltado Don Iacinto de Andrade por la recusacion de el señor Principe, no se pudo nombrar Iuez en su lugar quedando habiles los demàs, por aver bastante numero para pronunciar sentencia.

74 Con lo qual se excluye la conclusion que se puede sacar de la *ley duo ex tribus, ff. de re iudicat.* porque esta se entiende quando los Iuezes de la Sala entera, y el Presidente que vieron este pleito estuvieran capaces para votarle, *quia tùnc*, devian concurrir todos, y faltando alguno fuera nula la sentencia; lo qual no se puede aplicar à este caso, que se reduce, à que aviendo faltado alguno de estos Iuezes por muerte, recusacion, ò otro impedimento, no se pudo nombrar otro en su lugar, en cuyos terminos no puede conducir la *ley duo ex tribus*, y es necessaria la aplicacion de las leyes de el Reyno, y Ordenanças de la Chancilleria para que no se pudiesse nombrar à Don Miguel de Arostegui en virtud de la Cedula de tres de Iulio de el año de 76.

75 Sin que pueda ser de fundamento la conciliacion de este nombramiento con la executoria, en que se denegò al señor Principe por la Chancilleria el aumento de nuevos Iuezes, y subingressó de los que avian faltado; porque aunque en este tiempo avia la Cedula que se refiere para que se guardassen las leyes, y ordenanças de la Chancilleria, no fue necessario que despues de la orden en que se mandò se viesse este pleito por vna Sala entera, se previniesse el que se guardassen las Ordenanças, porque qualquier rescripto se deve entender, prout de iure, *leg. ex facto: ff. de vulgar. & pupil. subst. cap. causam, de rescriptis, leg. 27. tit. 18. part. 3.* D. Molin. *de primog. lib. 2. cap. 1. num. 13.* Ciriac. *controuers. 426. num. 35.* Barbos. *in dict. cap. causam, num. 2.*

76 Y lo cierto es, que la implicacion de los procedimientos de la Chancilleria en lo que obrò en esta parte con el señor Principe, y el señor Marquès, es evidente para el señor Principe huvo Ordenanças de la Chancilleria para negarle por executoria la subingresion de Iuezes para los que faltavan de los que le avian visto en el año de 58. y para el señor Marquès dispensa la Chancilleria en las Ordenanças, nombrando à Don Miguel en lugar de Don Iacinto de Andrade, aviendo quedado numero cõpetente para formar sentencia; y en esta variaciõ de derechos, ò contemplacion de personas, no necessita el discurso de aparar motivos, pues bastante desengaño tenemos en la determinacion.

77 La fuerça de estos fundamentos para la nulidad de el voto de D. Miguel de Arosteguì ha ocasionado al señor Marquès solicitar pretextos para dar la satisfaccion; y no pudiendo encontrarlos en la disposicion legal, busca en los autos el consentimiento del señor Principe para su aprobacion; pero su cuidado no hallò mas que dos pedimentos; el vno, quando pidiò se supliesse el numero de los que avian faltado de los que vieron el pleito el año de 58. subrogandose otros en su lugar; y el otro, quando pretendiò la nulidad, y cancelacion de el voto de Don Fernando Queypo (*de qua posteà*) y que declarandose por nulo, se nombrasse otro Iuez en su lugar, ponderando con estos pedimentos, y con el silencio de el Principe en la noticia de este nombramiento actos de prorrogacion de jurisdiccion.

78 Mas este subsidio es ineficaz, porque estando desestimado por executoria de la Chancilleria el que se supliera el numero de Iuezes que le avian visto el año de 58. no se pudo estimar de este acto consentimiento de el Principe para nombrar à Don Miguel de Arosteguì, *ex leg. Lucius, ff. de his, qui notant infam. leg. 1. Cod. si ex fals. instrument. cap. subborta, de re iudic.* ibi: *Intelligitur reprobasse*, & ibi glos. *Tale instrumentum viribus euaquatum maneret*, Dom. Valenç. Noguer. *& alij plures, quos refert* D. Salgad. *in labyrint. part. 3. cap. 1. §. vnic. à num.* 10.

79 Y aunque fuesse confession de parte, estando reprobada por executoria, se resuelve como si no se huviera hecho, y tiene capacidad de impugnarla la misma parte que la hizo, D. Salgad. *dict. loc. num.* 13.

80 Esto mismo procede en quanto al segundo pedimento de la nulidad, y cancelacion del voto de Don Fernando Queypo, porque no correspondiò el nombramiento à lo que se pidiò por el Principe; pues aviendo sido la conclusion, que declarandose por nulo el voto de Don Fernando, se nombrasse otro Iuez en su lugar, lo que executò la Chancilleria fue aver estimado por valido el voto de Don Fernando, y nombrar otro en lugar de Don Iacinto de Andrade, no siendo argumento lo que resolviò la Chancilleria para lo que se avia pedido por el señor Principe, *ex leg. Papinianus exuli, ff. de minorib. cum vulgat.*

81 Demàs de que aunque huviesse avido vn pedimento formal, no

se pudo sanar la nulidad; porque el consentimiento de los particulares nō puede dar jurisdiccion à quien no la tiene, estando dispuesto por leyes del Reyno, y Ordenanças de la Chancilleria la forma que se deve observar en la decision de los juizios, *ex leg. priuatorum, C. de iurisdict. omn. Iudic. cap. significantibus, de offic. delegat.* Vant. *de nullitat. tit. quib. mod. sentent. null. dic. poss. num.* 18. ibi: *Acta substantialia Iudicij à partium voluntate non pendent, sed à lege, illaque propterea de dictarum partium consensu omitti, vel si nulla fuerint ratificari non possunt,* Fontanel. *decis.* 10. *n.* 9. Giurb. *observat.* 108. *num.* 2.

82 Ni se pudo dezir huvo consentimiento del Principe, ni de los que asistieron à este pleito en su defensa; porque viendo que de orden de la Chancilleria se hazia relacion del pleito à Don Miguel de Arostegui, como esto se oponia à las leyes del Reyno, se persuadieron à que avia orden de su Magestad para este nombramiento, y asi no se pudieron negar à la defensa, no siendo compatible con este error la prorrogacion, y el consentimiēto, *ex leg. si per errorem, ff. de iurisdict. omn. Iudic.* ibi: *Non consentiunt qui errant, leg. consensisse, ff. de Iudic. leg.* 15. *tit.* 22 *part.* 3. Carlev. *tit.* 1. *disp.* 2. *num.* 1013. D. Gonçal. *in cap. significasti, de for. compet. n.* 6.

83 Pero quando se estimasse por cierto el consentimiento de los que asistian à este pleito, no podian prorrogar jurisdicion por necessitarse de poder especial para este efecto, *ex cap. cum olim, de offic. delegat.* vbi Panormit. *n.* 10. Carlev. *tit.* 1. *disp.* 2. *n.* 1143. *vbi plures.*

84 Y el estado en que se hallava entonces el Principe, que estava posseido de superiores cuydados, como es notorio, excluye su consentimiēto, y demàs de no presumirse, si no se prueba, *ex leg. verius, ff. de probat. cap.* 1. *de his, quæ vi, vbi gloss.* D. Valenç. *cons.* 60. *n.* 57. es inverosimil tuviesse noticia deste pleito en aquel tiempo, ni del nombramiento de Don Miguel, por los accidentes que le sobrevinieron, que gastavan su memoria en la providencia de salir de sus ahogos, y restituirse à la Corte, de donde avia salido, por diferentes demonstraciones que merecieron esta influencia.

85 Pero quando sin ofensa de la verdad huviesse consentido el Principe el nombramiento de Don Miguel, y tuviera facultad su arbitrio para alterar las leyes del Reyno, que dàn la forma para la decision de los juizios, no podia tener lugar la prorrogacion, porque como hemos dicho ninguno de los Oydores en particular tienen jurisdicion *in actu, aut in habitu,* y la que tienen las Audiencias està concedida à los Oydores *non vt singulis, sed vt vniuersis;* con que no siendo Iuez de la Sala que se nombrò para la determinacion de este pleito, no se le pudo prorrogar jurisdiccion, pues era necessario la tuviesse por sì saltim in habitu, *ex leg. receptum, ff. de iurisdict. omn. Iudic. l.* 1. & 2. *leg.* 74. §. 1. *ff. de Iudic.* D. Gonçal. *in cap. significasti, de for. comp.*

86 De estos fundamentos se infiere ser precisa la nulidad del voto de Don Miguel, y en su consequencia la sentencia que pronunciò la Chan-

ci-

cilleria, sin que se pueda oponer à ella la Cedula de su Magestad para que se viesse este pleito por vna Sala entera, y el Presidente; porque aviendose recusado à Don Iacinto de Andrade, y quedando numero bastante para formar sentencia, no se pudo nombrar otro en su lugar, por oponerse à las leyes del Reyno, y Ordenanças de la Chancilleria, ni el consentimiento del Principe quando le huviesse, ni su silencio podia prorrogar la jurisdiccion à D. Miguel, por no tenerla, ni aver capacidad para su prorrogacion.

Quarta Nulidad.

87 FVndase en dezir, que la sentencia de vista de la Chancilleria fue nula por averse regulado para ella el voto de Don Fernando Queypo, no deviendo hazerlo, por los quatro medios siguientes.

88 El primer medio es, que Don Fernando Queypo remitiò su voto sin aver visto el papel en derecho que se escriviò por parte del señor Principe. La comprobacion de este hecho consta notoriamente de los autos, por ser cierto que en once de Enero de 1676. estava en el Archivo de el Acuerdo el voto de Don Fernando, *Memor. num.* 251. y que posteriormente en 4. de Febrero de 1677. se diò vn mes de termino al señor Principe para que tuviesse dados los informes en derecho, *Memor. num.* 260. Y tambien consta, que en 17. de Agosto de 1677. no se avia visto el papel en derecho por Don Francisco Marin Rodezno, ni por Don Fernando Queypo, aunque se avian remitido sus votos; y dandose providencia por la Châcilleria para que se entregassen las adiciones hechas al memorial (que es circunstancia que se dirà adelante) en quanto al papel en derecho, se mandò que la parte del Principe hiziesse su diligencia, *Memor. n.* 271. *y* 272. Y assimismo es cierto, que Don Fernando Queypo muriò en esta Corte en 31. de Agosto de 1677. *Memor. num.* 273.

89 Lo referido convence con evidencia en este primer medio la nulidad del voto de Don Fernando, por averle remitido sin averse instruido de la justicia del Principe; pues aunque conclusas las causas no tienen arbitrio las partes para presentar instrumento en el hecho, *ex cap. Pastoralis, de caus. possess. & propiet.* esto no procede en los papeles, è informes de derecho, ex doctrin. Bald. *in cap. fin. de probationib. num.* 1. Felin. *in cap. cum dilectus, de fide instrument. à num.* 25. Pareja *de instrum. adit. tit.* 6. *resol.* 3. *à num.* 132.

90 Regulandose con mayor precision en las causas arduas, y de grave consideracion, porque en ellas deven los Iuezes dar termino para que se escrivan los informes, è instruirse en el derecho de las partes, *ex leg.* 2. *C. de dilation.* ibi: *Illi autem qui in iudicium vocatur danda est dilatio ad improbanda precum mendatia, Authent. iubemus, Cod. de Iudicijs*, vbi Bald. *num.* 1. ibi: *Ad allegandum datur dilatio ei qui dicit se velle allegare leges, & rationes maximè in passibus dubijs, quia per eam animus iudicantis ad*

cog-

cognoscendam iuris veritatem adducitur,& informatur, & *in leg. Iudex, C.de comminat.vel epistolis*,ibi:*Iudex debet audire,& examinare non fulminare*.Posth.*de manuten.observ.*102.*num.*10.D.Cresp.*observ.*10.*num.* 30.D.Math.*de regim.cap.*10.§.5.*n.*38.

91 Aliàs la determinacion de el Iuez sin vista de las alegaciones, è informes en derecho,se considera que por ella priva de su defensa à las partes,pues en pleitos de esta calidad regularmente consisten en los informes en derecho que hazen los Abogados,*ex leg.Aduocati,Cod. de aduocat.diuers.Iudic.*Felin.*in cap.dilecti filij,num.*7.*de except.*Carroc.*singular.*478. Matheu *de regimin.dict.cap.*10.§.5.*num.*38. ibi: *Quia denegare huiusmodi Audientiam magnam, & pracipuam partem defensionis excluderet.*

92 Y passando à la decision el Iuez sin vista de los informes, especialmente en causas arduas,es vna de las mayores nulidades: porque se funda en la indefensiõ que procede de el derecho natural,*ex leg.vt vim,de iustit. & iur. leg.*1. *§.cum arietes, ff. si quadrup. pauper. fecis. dicat. leg.defensionis facultas,C.de iur.Fisc.* Vant.*de nullitat.tit. ex defect.citat.à num.*2. ibi: *Cum defectus,& nullitas illius prouenìens inter alias omnes potentissima sit,vt puta defensionem respiciens,qua à iure prouenit naturali,* Torreblanc. *de iur. spiritual. lib.*15.*cap.*12.*num.*6.D.Salgad.*de retent.part.*1. *cap.*2.*sect.*2.*num.*105.

93 En los terminos de aquesta nulidad ay diversos lugares decisivos que hablan en lo especifico de ella, y son formales en la que se và fundando de el voto de Don Fernando Queypo, Scipion Rovit.*tom.*1.*cons.*8. à quien cita el señor D.Christoval de Cresp. en la *observ.*10. en el *num.*42. fundandola desde el *num.*28. hasta el 45. en vn pleito que se disputava en el Consejo de Aragon entre Don Gavino de Cardona,y Don Antonio de Manca,en que aviendo concurrido Fabio Capicio Galeota, Regente de Italia,se pidiò por Don Antonio al Consejo se le preguntasse si avia oìdo à ambas partes,y constando por su respuesta no avia oìdo,ni visto el informe hecho por Don Antonio,se pretendiò que se declarasse por nulo el voto; y en el *n.*38.ita inquit: *In hoc autem nostro casu cum causa non solùm difficillima, sed nimis ardua sit, & facti causas non satis exploratas habeat,& adeò dubia,vt vnaquaque pars in Supremo nostro Senatu vnam obtinuerit, cum Iudices, & Senatores, qui in vna qualibet interuenerunt essent primi nostri Regis Ministri,& spectatissimi, Iurisprudentia, & integritatis, in hac autem lis omninò finiatur; certè nimis propere videtur iudicatum altera parte in allegationibus iuris non audita,non enim absque eis in hac summè difficili causa aliquis instructus videri potest.* Narbona *in borgraph.iur.hor.*3.*num.*23.verf.*Immo*, ibi: *Et si non spectatis Aduocatis cum id à partibus postularetur fuerit lata sententia nullitate laborabit, quoniam allegationes iuris omninò audienda sunt, si vt audiantur à partibus fuerit petitum.*

En

94 En las individuales circunstancias que concurren en nuestro caso, que es averse concedido termino para escrivir, y tuviesse dados los papeles dentro de vn mes, *Mem. num.* 260. es mas segura la nulidad del voto, por averse remitido antecedentemente sin vista del papel de el señor Principe, vt ex Lancelot. & alijs, idem Narbon *dict. num.* 13. vers. *Quod sub audiendum*, ibi: *Si à Iudice fuerit terminus assignatus ad audiendos Aduocatos; tùnc enim si non spectato Consilio, aut responso iuris, siue Aduocatorum allegationibus proferatur sententia erit ipso iure nulla.*

95 Lo que se ha dicho para obscurecer la nulidad por este primer medio, ha sido culpar en el Principe la omision que tuvo de informar à D. Fernando Queypo, y en no averle entregado el papel en derecho antecedentemente, pues se avia visto este pleito en el año de 58. y que aviendo sido esta omision con el animo de tirar à eternizar este pleito (que han sido las regulares ponderaciones de el señor Marquès, fomentando su justicia en este pretexto) no puede causar nulidad en la sentencia.

96 Mas esta objecion se desvanece con la distincion de tiempos, que hemos dicho supr. num. haziendo reflexion al tiempo en que se viò este pleito, que fue en el año de 58. la suspension que padeciò derivada de los desengaños de los señores Marqueses, padre, y abuelo de el actual, de la influencia que tuvo para suscitarle el año de 70. la qual hallò tan desprevenido al Principe, que le fue preciso ocurrir à las librerias, y estudios de los Abogados de esta Corte, buscando los papeles que se avian escrito en el juizio de tenuta, y aun pidiendo à los Agentes del Marquès los memoriales de el hecho, pagandoles la costa de la impression: la detencion en las diligencias, desde el año de 70. hasta el de 76. y 77. en que no hizo instancia el Marquès hasta ver declarada la adversidad de el Principe en las demonstraciones que se hizieron con su persona, pues entonces instò con la mayor diligencia se votasse este pleito. Astro superior influyò en esta desgracia, pues aunque lentamente se avia empeçado hasta el año de 75. se acelerò despues para que se viesse, y se votasse, y aun para que se perdiesse, hallandose acreditado lo que dize Iust. Lips. *lib.* 4. *doctr. Politic. cap.* 12. *ruente quercu quis ligna colligit.*

97 Y con esta distincion se reconoce fue afectada la dilacion que se atribuyò al señor Principe, pues viendose con tantos embaraços no pudo ser acto culpable su omision, y es desestimable traerla por fundamento que justifique la excepcion de el Marquès para que no sea nulo el voto de Don Fernando, hallandose con el defecto de no aversele entregado el papel en derecho que se escriviò por el señor Principe antes que se pusiesse el voto en el Archivo; y qualquiera culpa se desvanece considerando que despues de averle remitido se le diò termino por la Chancilleria para escrivir en derecho, vt in terminis D. Cresp. *obseru.* 10. *num.* 91. ibi: *Bona fide potuis præsumere non assignata die ad decidendam causam, nec communicatis adhuc informationibus non esse de voto mittendo tractandum, & si de eo tractaretur, ei notificandum;*

98 Pero quando de esta omision se pudiera sacar argumento de culpa contra el señor Principe, no conduce el dia de oy para con la señora Duquesa; antes bien le sirve de fundamento para assegurar con mayor evidencia la nulidad, porque no le pudo ocasionar perjuicio alguno el descuido de el Principe, pues la disposicion de Derecho dà este recurso al sucessor, *ex leg. ex contractu, 44. de re iudicat. leg. 22. §. sed enim ad Trebelian. leg si seruus plurium, §. si quis ante de legat.* 1. siendo resolucion comun por estos textos, que la cosa juzgada no perjudica à los sucessores por la obligacion que tienen de proponer sus defensas, tanquam diligentissimus Pater familias, D. Molin. *lib.* 4. *cap.* 8. *num.* 7. Pegas *resolut. forens. cap.* 4. *num.* 75. D. Salgad. *in labyrint. part.* 3. *cap.* 1. *à num.* 50. D. Iuan del Castill. *lib.* 5. *controuers. cap.* 157. *ex num.* 25.

99 De suerte, que no puede aver satisfaccion para la objecion que se pone en este primer medio contra el voto de Don Fernando Queypo en averle embiado antes de aver visto el papel en derecho escrito por el Principe, ni su omision puede inducir para que se excluya la nulidad; y quando la huviera, es fundamento que sirve à la señora Duquesa para que no la pueda perjudicar, y estè existente el defecto de el voto de Don Fernando para que se defiera à su nulidad por esta circunstancia.

100 El segundo medio consiste en aver remitido su voto Don Fernando con autos diminutos, por no aver visto la adicion que se hizo al memorial ajustado q̃ se mandò hazer por executoria de la Chancilleria.

101 Lo que resulta de estos autos en quanto à este motivo, es, que aviendose pedido por parte de el señor Principe se hiziesse vnas adiciones al memorial ajustado que se avia hecho de diferentes reparos substãciales, que conducian para lo principal de este pleito, se mandò por la Chancilleria hazer con citacion de las partes dentro de quince dias; y aviendose entregado las adiciones por el Relator à los cinco Iuezes que le avian visto, se le diò orden para que las que se avian de embiar à D. Francisco Marin de Rodezno, y Don Fernando Queypo, las pusiesse en poder de Don Iacinto de Andrade para que se las remitiesse. Y tambien consta que en 20. de Agosto de 1677. entregò dichas adiciones à Don Iacinco, *Mem. num.* 271. y 272. y *num.* 2040. Y assimismo es cierto que Don Fernando muriò en 31. de Agosto del mismo año, *vt dictum est supr. num.* 88.

102 De este hecho se descubre la nulidad de el voto, por averle remitido sin tener perfecto conocimiento, ni averse instruido de los autos en las nuevas adiciones, que se estimaron por executoria ser essenciales, *ex leg. argentarius, §. cum autem, ff. de adend. leg. fin. C. de legib.* ibi: *Causam conditionaliter examinauerit, leg. nec causa, C. de appellat. leg. pro latam, C. de sentent. & interlocut. leg. ex stipulatione, in fin. C. eod. tit. Authent. quomod. oport. Episcop. § oportet, cap. Ecclesia Sanctæ Mariæ, de constit. cap. cum Bertold. de re iudic.* ibi: *Quia causa non recepit sufficiente, instructam, cap. cum ex literis, de in integ. restitut.* ibi: *Quãdo plenè de meritis causæ non vi-*

videbatur instructus, cap. ad Audientiam, de appellationib. Bart. & DD *in dict. leg. prolatam*, Felin. *in dict. cap. Ecclesia Sancta Maria, à n.* 12. Amat. *resol.* 71. Prosp. Fagnan. *in cap.* 5. *perpetuus, de fide instrument. n.* 19. Vant. Giurb. D. Valenç. & *alij, quos refert* D. Lorenç. Math. *de regim. cap.* 12. §. 1. *num.* 6. y en terminos de nulidad de voto D. Crespi *observ.* 10. *n.* 37.

103 Estimandose en la censura de derecho correspectiva la nulidad de la sentencia que se diò con autos diminutos, ò sin vista, y conocimiento de ellos, parificando en vno, y otro caso el defecto, Scacia *de appellat. quæst.* 10. *à num.* 8. Giurb. *decis.* 29. *sub num.* 1, D. Salgad. *de Reg. protect. part.* 1. *cap.* 8. *num.* 19.

104 Infiriendo comunmente los Doctores de esta regla, que el voto, ò sentencia que da el Iuez precipitadamente, y sin tener tiempo de informarse, es nulo, por no aver podido hazer concepto de los autos, y presumirse dada sin conocimiento del processo, *ex leg.* 2. *C. de sentent. experic. recit. leg. ex stipulatione, C. de sentent. & interlocut. Clement. Pastoralis, de sententijs, & re iudic.* ibi: *Huiusmodi sententia non à discretione matre virtutum, sed à nouerca iustitia voluntaria, scilicèt, iudicantis præcipitatione processit*, Bart. *in dict. leg. prolatam, C. de sentent. & interloc.* Marescot. *lib.* 2. *variar. cap.* 115. Æneas Robert. *lib.* 1. *rer. iudicat. cap.* 4. *fol.* 17. D. Salgad. *de Reg. protect. part.* 1. *cap.* 7. D. Solorçan. *in Polit. lib.* 5. *cap.* 8. *fol.* 818. Dom. Cresp. *observ.* 10. *à n.* 37.

105 Lo qual tambien se previene en las leyes del Reyno, y Ordenanças de la Chancilleria de Granada, adonde se ordena, que si despues de visto el pleito se presentaren nuevos papeles, ò escrituras, se buelva a ver por los Iuezes, aunque estèn ausentes; y que si huviere muerto alguno dexando su voto por escrito, se cancele, y se nombre otro Iuez, no aviendo quedado numero bastante para hazer sentencia, como consta de la Cedula del señor Rey Felique Quarto de 26. de Abril del año de 1627. que se refiere en las adiciones al *lib.* 2. *tit.* 5. *Recop.* y en la Ordenança 24. *tit.* 3. *lib.* 2. de la Chãcilleria de Granada.

106 De suerte, que siendo constante en el hecho, que Don Fernando remitiò su voto sin reconocer lo que contenia la adicion al memorial, ni pudiendo caber en el tiempo el que le pudiesse ver, considerando averla entregado el Relator el dia 20. de Agosto de 77. en Granada, y constar aver muerto el dia 30. del mismo mes, y año; vt dictum est supr. n.   es inexcusable la nulidad.

107 Con lo que se pretende dar satisfaccion por parte del señor Marquès, es aver sido superfluas las adiciones que se mandaron hazer, pues no influìan cosa relevante para la determinacion del pleito, ni faltava cosa sustancial, atribuyendo à dilacion esta diligencia; y aunque para convencimiento de esta alegacion, bastava el concepto que formaron los mismos Iuezes, que avian de votar el pleito, pues con vista de la oposicion que se hizo por el señor Marquès à esta pretension, como consta del *Memorial*

*num.*269.se mandaron hazer las adiciones, ex his quæ docet Ant. Fabr. *in C.tit.de appellat.diffin.*32.D.Salgad.*de Reg. protect.part.*1.*cap.*2.*n.* 139. Valer.*de transaction.tit.*3.*q.*1.*n.*23.

108 La mayor comprobacion de su importancia, es hazer reflexion à la individualidad de los defectos que padecia el memorial ajustado, para desvanecer, que no solo fue animo de los Abogados del Principe dilatar este pleito en esta diligencia, sino precision, que conducian para la decision en lo principal, las adiciones que se hizieron al memorial ajustado.

109 La primera circunstancia que contiene la adicion, es lo que faltava en la deposicion de Pedro de Omaña, testigo examinado à pedimento del señor Marquès en sumario, ante el Teniente de esta Corte à la octava pregunta, adonde dize: *Que despues de aver recibido el señor Conde el Viatico, aviendo entrado la señora Condesa, y su hijo, el señor Conde llorò con la señora Condesa su muger, y su hijo, el qual le pidiò la mano, y se la diò, y la besò, y echò la bendicion*, como consta del Memor. num. 263. y de la deposicion que haze el mismo Pedro de Omaña, *num.*680. constando assi mismo, que esta deposicion se avia omitido en el memorial antiguo; y siendo, como es, testigo presentado por el señor Marquès, le obsta plenamente para el furor que pretende en el señor Conde-Duque quando otorgò su testamento, *ex leg.*31.*tit.*16.*part.*3. Farinac.*de testib.quæst.*62. *à num.* 211. D. Valenç.*cons.*73.*num.*8. & *cons.*78.*num.*42. Escob.*de purit.p.*1.*q.* 6. §. 1.*n.*18. Noguer.*alleg.*32.*n.*92.

110 No es de este lugar apurar lo que se dize por el señor Marquès de Leganès contra la deposicion de este testigo, pues esto toca para la segunda parte, en que serà necessario hazer especial mencion de aquesta deposicion, y aora solo se trae en este lugar para acreditar el defecto del memorial ajustado, y que no era digna de omitirse esta circunstancia; antes bien fue advertencia precisa que se pusiesse en las adiciones, para el concepto que della pudiera resultar, respecto de ser testigo presentado por el señor Marquès; y que por esta causa aprobò, y calificò su persona, para que no le pueda oponer tacha, ni defecto alguno, *ex leg.si quis testibus, C. de testib.* vbi communiter DD.*cap.præsentiam, de testib.l.*31.*tit.*16.*part.*3. Barb.*in d.leg. si quis testibus, n.*3. Carlev.*de iud.tit.*2.*disp.*3.*n.*37.

111 La segunda circunstancia, es aver faltado en el memorial lo que depuso Fray Diego de Quiñones de presentacion del señor Marquès Don Gaspar à la quarta pregunta del juizio de tenuta, en que dize *aver oìdo en su Convento el dia Miercoles por la mañana* 19.*de Iulio*, *que se otorgò el poder, que el señor Conde avia recibido el Viatico, y dado poder à la señora Condesa para testar, y que se hallava mejor, y mas quieto. Memor. num.* 264.*y* 622. vers. *Y en esta misma.* Estando assimismo defectuoso en lo respectivo à Don Diego Vazquez de Aldana, testigo presentado por el señor Marquès, pues no se refiere en el memorial lo que dize en la deposicion que hizo en esta Corte en 24. de Febrero de 1651. *de que aviendo ido à visitar*

sitar al señor Conde-Duque, le oyò à Don Enrique Felipez de Guzman, que Dios les avia hecho muchas mercedes en aver dexado en su sano juizio, y entendimiento à su padre, para aver recibido el Viatico, y otorgado poder para testar. Memor.num.266. Y aunque estos testigos no prueben plenamente contra el señor Marquès, Escob. *de purit. part.* 1. *quæst.* 6 §. 1. *num.* 18. no se puede negar, que hazen grave, y vehemente presumpcion contra el señor Marquès, que los presentò, Farinac. *de testibus, quæst.* 62. *à num.* 233.

112 Otro punto sustancial se dexa en el memorial antiguo, que es, que el auto del Corregidor de Toro, que proveyò en 23. de Iulio de 1645. en que mandò recibir la informacion ofrecida por la señora Condesa, y las deposiciones de los 18. testigos que se examinaron al tenor dèl, no se dize en èl estèn firmadas del Corregidor, aunque se refiere averse examinado de presentacion de la señora Condesa; siendo cierto, que assi autos, como informacion, estàn firmados por el Corregidor, *Memor.num.*265.

113 Y esta advertencia desvanece diferentes ponderaciones, que se han hecho para que se desatienda el poder que otorgò el señor Conde, dàndole el atributo de falsario al Escrivano, y que esta informacion la hizo para cautelar su delito, examinando por sì propio los testigos, sin tener comission del Corregidor, en que se discurre con gran dilacion en el papel en derecho, que se escriviò en Granada por el señor Marquès de Leganès, refricando sobre esta ponderacion por diferentes numeros; y es necessario se estimasse por substancial esta adicion, pues era gran parte de la satisfaccion.

114 Otras dos deposiciones, que miran al abono del P. Ripalda, se refieren en la adicion, q̃ no estavan puestas en el memorial; la vna de Don Geronimo Rodriguez Portocarrero, que dize no puede hazer juizio sobre si el P. Ripalda diria en su dicho con juramento cosa contra la verdad, ò no, *Memor.num.*950. y el otro Don Alvaro Cosio, que dize, oyò muriò tan apriessa, que no tuvo lugar de recibir los Sacramentos, *Memor. num.* 947.

115 Como el principal fundamento que se ha tenido por el señor Marquès ha sido la deposicion del Padre Ripalda, en cuya fee se ha discurrido con tanta piedad, que se ha pretendido canoniçar su dicho, es necessario atender à estas circunstancias con especial reparo, haziendo consonancia de ellas con las deposiciones que se hizieron por los testigos de el señor Principe en esta circunstancia, para que atendido el origen del pleito, y el artificio cõ que se formò, sirva de estimacion en el concepto de los señores Iuezes para el credito que se deve dar à esta deposicion; y respecto que *inferius* se insinuaràn los actos, en que aprobò el Padre Ripalda el testamento otorgado por el señor Conde-Duque, no nos detenemos en apurar los fundamentos que le ocasionaron mudar de dictamen, pues toçan al lugar donde los reservamos.

116 Reconozcase si son despreciables las adiciones que se hizieron al memorial para que se estimen por fragmentos invtiles, y atiendase al tiempo en que se viò este pleito por Don Fernando Queypo, que fue el año de 1658. embiando su voto en el año de 1676. para que de vno, y otro se acredite, que en tiempo tan dilatado no pudo tener presente lo que resultava del memorial, especialmente de las adiciones que se hizieron despues de remitido el voto; y de vno, y otro se convencerà su nulidad, por averle remitido sin vista de las adiciones, *vt dictum est supr.*

117 El tercer medio de la nulidad del voto de Don Fernando, es, por las instancias que hizo para recogerle, por cartas que escriviò al señor Don Carlos de Villamayor, Presidente que era de la Chancilleria de Granada.

118 Esta nulidad se ha justificado por el señor Principe en la instancia del Consejo, y de ella resulta la consequencia legal, para que no se pudiesse estimar, ni regular el voto para la sentencia que se pronunciò, por aver sobrevenido su muerte sin aver conseguido la remision; y para la forma de su comprobacion es necessario suponer por regla; que quando la materia que se intenta justificar es de dificultosa probança, se contenta el Derecho con congeturas, ò presumpciones, *ex leg. si vicinis, C. de nupt. leg. consensu, §. super plagijs, Cod. de repudijs, cap. veniens, de testib.* Escobar *de purit. part. 1. quæst. 8. §. 1. à num. 6.* Vela *disert. 38. à num. 32.* Luc. *in tract. de iudic. disc. 22. num. 15.*

119 Bastando aquellos indicios, ò argumentos de que fuere capaz la materia, para que las congeturas, ò presumpciones constituyan legitima probança, vt docet Paul. de Castr. *cons. 143. num. 1. part. 2. ex leg. non omnis, §. à barbaris, ff. de re milit.* Villar. *respons. 9. num. 33. & 34.* Narbon. *in leg. 82. tit. 5. lib. 2. Recopil. glos. 2. num. 19. cum alijs pluribus*; siendo suficiente qualquiera informacion que tome el Iuez para instruirse de la verdad, y se estimarà por plena y concluyente probança, ex doctrin. Bart. *in leg. in illa stipulatione, ff. de verbor. obligat.* Escobar *de puritat. dict. quæst. 8. §. 1. num. 7.* Narbon. *in dict. leg. 82. num. 9.*

120 Tambien es regla cierta, que quando el hecho que se pretende probar consiste en el animo, ò deliberacion, que es acto oculto, basta la probança que resulta de presumpciones, ò indicios, pues no ay otro modo regular para calificarla, Menoch. *de præsumpt. lib. 6. præsumpt. 35.* D. Larr. *allegat. 38. num. 12.* Math. *controuers. 20. num. 17.* y la probança mas natural de las cosas que consisten en la intencion, se deriva de los actos exteriores que descubren el animo: *Veluti ex dictis, aut factis, vt ex §. cerbos instit. de rer. diuision.* probat Bald. *in leg si patruus, 4. C. commun. vtriusque iudic. num. 14.* ibi: *Ad qualitatem ergo actuum recurrendum est, nam talis præsumitur mens, qualis ex actibus colligi potest,* Menoch. *dict. præsumpt. 35.*

121 Y en terminos de votos, y deliberaciones que forman los Iue-

zes

zes en las causas antes de pronunciar sentencia, es formal el texto en la *ley obseruandũ 19. §. 1. de offic. Præsid.* ibi: *Cuius animi motum vultus detegit.* Tiber. Decian. *respons. 26. n. 9. volum. 1.* ibi: *Etiam si non expressè declarassent, sed tantum indicium aliquod exhibuissent quo motus eorum animi detegeretur*, Giurb. *decis. 54. num. 3. in fin.* Constantin. Casar. *lib. 1 quæst. 1. num. 9. in fin.* vbi: *Quod votum proditur eisdem modis, quibus proditur secretum*; y de el mismo genero que para comprobar la violacion del secreto bastan testigos singulares, indicios, y presumpciones, *ex leg. 82. tit. 5. lib. 2. Recop.* vbi Narbon. para comprobar el animo de el Iuez en su voto, es suficiente la misma justificacion.

122 Supuestas estas reglas, y descendiendo à su aplicacion, en la probança que resulta en este tercer medio se haze evidente la novedad de el dictamen de el voto de Don Fernando Queypo por la deposicion de los testigos, cuyas circunstãcias se expressan por menor en el memorial desde el num. 2044. como son D. Manuel Queypo, hijo de D. Fernando, D. Fernãdo Araque, hierno del señor D. Carlos de Villamayor, que refiere, *Oyò à su suegro embiò el voto de Don Fernando à la Chancilleria, y que despues de algun tiempo escriuiò Don Fernando al señor Don Carlos le boluiesse à embiar su voto, y que tiene entendido no se lo embiò.*

123 Don Francisco Velasco, *num.* 2060. dize preguntò al dicho D. Fernando Queypo, hablando de este pleito de el estado que tenia; *y que le respondiò auia escrito al señor Don Carlos le embiasse el voto que le auia remitido sobre èl, y que no se lo auia querido embiar, y que auia oìdo al Confessor de Don Fernando que auia buelto à escriuir, y à hazer instancias al señor Don Carlos.* Y Fray Iuan de San Agustin, que es el Rector de Santa Catalina, à quien cita Don Francisco, dize, *auerse valido dèl el señor Principe para que viesse Don Fernando vnos papeles, el qual se los lleuò; y que aunque al principio mostrò alguna resistencia por auer embiado su voto, auiendolo visto le insinuò con alguna claridad le auia embiado à pedir el voto que auia remitido al señor Don Carlos.*

124 De estas deposiciones se deduce vna real demonstracion de auerse apartado de su primer dictamen, *ex leg. de quib. 32. §. 1. ff. de legib.* ibi: *Quid interest suffragium populus voluntatem suam declaret, an verò rebus, & factis*, Gigas *de crim. læsæ Maiest.* à quien refiere Constant. Casar. *dict. lib. 1. quæst. 1.* ibi: *Nihil refert, an quis verbo signo, aut alio quouis modo secretum nunciet.*

125 Concurriendo con estas deposiciones las que hazen el señor Duque de Medina-Sidonia, y Don Diego Ortiz su Secretario, por donde consta, que aviendo escrito à D. Carlos de Villamayor vn papel para que le dixesse lo que avia passado en este hecho, le respondiò ser cierto averle embiado à pedir su voto Don Fernando Queypo, siendo Presidente de la Chancilleria, y que le avia respondido no le podia embiar hasta que remitiesse otro que poner en su lugar; y que aviendo buelto à hazer instancia, muriò sin aversele embiado.

126 Y no es digno de oponersele al señor Duque el interès en esta causa, por aver depuesto en virtud de vnas censuras, demàs que la recomendacion que merece su persona por su grande representacion, acredità la seguridad de sus deposiciones, *ex cap. nobilissimus, 96. distint. cap. expedit, 12. quæst. 1. cap. 1. de nou. oper. nuntiat.* & cum pluribus D. Valençuel. *cons. 157. num. 5.*

127 Deviendose estimar por la prueba mas real de esta verdad, que aviendo sido este vno de los fundamentos mas capitales que han ponderado siempre los Abogados de el señor Principe (como se reconoce de sus deposiciones, *Mem. num.* 2051. y 2055. y 2064.) para la avocacion, y nulidades que contenia la sentencia pronunciada en la Chancilleria, asseegurando este hecho, assi en los alegatos, como en los informes que hizieron de palabra en el Consejo, no le contradixo por el señor Marquès de Leganès, ni ay reparo en los autos en todo el tiempo que viviò el señor Don Carlos; y esta taciturnidad induce certeça para no poner duda en esta circunstancia, *ex leg. cum ostendit, §. 1. ff. de fideiussorib. leg. fin.* & ibi Ias. *Cod. de iudit.* Bart. & DD. *in leg. 1. Cod. de ration.* Cravet. *cons. 1. num. 11.* ibi: *Non opponens contra acerbata in iuditio per partem videtur consentire, & confiteri.* Giuib. *& alij in numeri,* apud D. Salgad. *in laberynt. part. 3. cap. 2. à num. 67.*

128 Pero quando la materia no fuesse de calidad tan privilegiada, que no mereciesse se contemplassen convencidas las instancias que hizo Don Fernando para recoger su voto, especuladas las diligencias que hizo el señor Principe para su comprobacion, persuaden su concepto los pedimentos que presentò quando introduxo el recurso, multiplandolas para que el señor Don Carlos de Villamayor declarasse lo que avia passado, y que el informe, ò declaracion que hiziesse se pusiesse en el Archivo; y es muy natural que en negocio de tan grave interès no omitiesse la superior justificacion del Consejo diligencia tan substancial.

129 No se quedan en esto las diligencias del señor Principe, sino que para afiançar mas esta verdad, en la enfermedad de que muriò el señor Don Carlos, solicitò declarasse las cartas que avia tenido, y lo sucedido en la remission del voto de Don Fernando, para cuyo efecto fue diversas vezes el Padre Maestro Ahumada, de la Religion de nuestro Padre Santo Domingo, hasta el instante en que muriò, y no lo pudo conseguir, porque no le dexaron ver, como consta *Memor. num.* 2058.

130 Pide en el Consejo el señor Principe informassen los señores Iuezes, que intervinieron en este recurso, lo que oyeron al señor Don Carlos quando se le pidiò informe sobre lo referido; y aunque en vn Decreto se enuncia averse executado esta diligencia, no se puede assegurar lo que de ella resultò, pues aviendo pedido traslado del informe, se le negò.

131 Y finalmente con el motivo de averse hallado el señor Don Antonio Monsalve à la determinacion del recurso, solicitò el señor Principe de-

declarasse in articulo mortis lo que avia oìdo al señor Don Carlos Villamayor, no pudiendolo lograr, por no averle hallado capaz de hablarle en cosa alguna el Padre Fray Ioseph Gento, Predicador de su Magestad, *num.* 2067. que fue à hazer esta diligencia, à instancia del señor Principe, y de tã repetidos actos podemos dezir, para lo que vamos fundãdo, lo mismo que dixo Bald. *in leg. conuenticula*, 15. *C. de Episcop. & Cleric.* ibi: *Si non sufficeret ista probatio non posset probari, quod Cæsar fuit Imperator.*

132 Si huviera cabido en lo possible mayor examen, no se huvierà descuydado el señor Principe en èl; y aviendo solicitado por tantos medios la prueba, no le puede perjudicar qualquiera impedimento, deviendose estimar por concluyente; y perfectissima, aunque no fuesse en punto tan privilegiado, *ex cap. interposita*, 70. *de appellationib.* ibi: *Nisi hoc se offerens probaturus non fuisset admissus, cap. quoniam frequenter, §. porrò ut lit. non contest. leg. intra utile, ff. de minorib.* ibi: *Cum per eos non steterit quo minus res finem accipiat respondi secundum ea, quæ proponuntur proindè agnosci, atque si nunc intra ætatem essent*, Burat. *decis.* 416. *num.* 4. D. Larr. *allegat.* 66. *à num.* 79. Cardinalis Luca *de Iudicijs, disc.* 22. *n.* 12.

133 De que resulta, que no estando votado el pleito, y pronunciada la sentencia, pudo Don Fernando recoger su voto, y reformar el dictamen que avia hecho; y pidiendose, no se le deviò negar, *ex leg. Iudex posteà quã, ff. de re iudicat. leg.* 41. *tit.* 5. *lib.* 2. *Recop.* Ioan. Baptist. Tor. *vot.* 1. D. Crespi *obseru.* 10. *à num.* 48. Valer. *tit.* 2. *quæst.* 4. *num.* 60. Faxard. *allegat.* 12. *num.* 100.

134 Y de todo esto se infiere una nulidad clara aviendo mudado de dictamen, ò padeciendo duda en el que avia hecho quando remitiò el voto, como se reconoce de las instancias para recogerlo; y muriendo con esta ambiguedad, no se pudo estimar, ni regular por voto legitimo para la sentencia que se pronunciò, *ex leg Pomponius*, *§. proindè*, *ff. de recept. arbitr.* Senec. *lib.* 2. *contr.* ibi: *Non damnantis, sed dubitantis*, Gratian. *disceptat.* 72. *num.* 47. Loter. *de re beneficiar. lib.* 1. *in apparatu, à num.* 177. D. Larr. *decis.* 39. *num.* 35. *ubi de more votandi per Tabelàs*, Fontanel. *quem refert* D. Cresp. *dict. obseru.* 10. *num.* 22. D. Lorenç. Math. *de regim. cap.* 12. *§.* 1. *à num.* 45.

135 Atendiendose para las determinaciones con tanto rigor la firme deliberacion de los votos, que la Ordenança 8. *tit.* 4. *lib.* 2. de la Chancilleria de Granada, y el auto 140. de los acordados por el Cõsejo, dize, que aviendo muerto el Licenciado Atiença, Oydor de la Chancilleria de Valladolid, se hallaron en su estudio algunos votos, que con ocasion de ausentarse avia embiado al Presidente; y aunque estavan sellados, y cerrados, por la duda que pudo aver de averlos cobrado, y recogido, se mandò que no valiessen.

136 Sin que pueda servir de satisfaccion, que Don Fernando pudo remitir otro voto, como lo hizo Don Francisco Marin Rodezno; porque

 esto

esto no excluye el agravio de retenerle la Chancilleria, y negarse à las instancias de Don Fernando, que vsava de la facultad que le permite el derecho, y leyes del Reyno: y discurriendose algun pretexto para no aversele remitido, no lo puede aver para que sabiendo le queria recoger, y pidiendole diversas vezes, se regulasse por voto para la sentencia, mostrando en esto su animo la novedad, ò duda del primer dictamen, y querer sacar argumento de lo que pudo hazer Don Fernando, con lo que hizo Don Francisco Marin Rodezno, es excitar nuestro silencio à dezir lo que pudo el estado en que se hallava el Principe en la novedad del voto de Don Francisco.

137 Y lo cierto es, que en la resistencia que tuvo la Chancilleria para remitirle el voto, aviendole insinuado el deseo de recogerle, por diversas cartas, en que manifestava contrario dictamen, ò duda en el primero que avia dado, no se pudo estimar por voto para la sentencia, ni fue necessario remitir otro en su lugar; pues la Ordenança 8. *tit.* 4. *lib.* 2. de la Chancilleria, y el auto 140. que hemos dicho acreditan aversele buelto los votos al Licenciado Atiença, sin subrogar otros en su lugar; y en qualquiera forma que se quiera considerar, aviendo pedido el voto Don Fernando con instãcia, en averle estimado para la sentencia, no ay disculpa para su nulidad.

138 El quarto medio es, que aviendo recusado à D. Fernando Queypo, con motivo tan grave, y causa tã legitima como aver propalado su dictamen, se desestimò la recusacion, mandando executar el auto, sin embargo de suplicacion, y passando à la determinacion de el pleito en lo principal.

139 Lo que conduce al hecho de este medio no tiene duda, pues cõsta de la recusacion de Don Fernando, ocasionada de que teniendo noticia avia propalado su dictamen, con el sentimiento que le costava la retenciõ de su voto, se hizo pedimento por parte del señor Principe, recusandole por esta causa, y por ser dentro de los quince dias inmediatos al señalado para la determinacion del pleito (pues se diò el pedimento en 30. de Iunio de 78. por Don Ioseph Moratalla, en quien substituyò la señora Princesa de Astillano el poder que la avia dado el señor Principe su marido para recusar à Don Fernando, siendo este el dia señalado para votar el pleito, *Memor. n.* 290.) jurò no aver llegado antes à su noticia; y aviendose visto por los Iuezes, se desestimò, no admitiendo este pedimento, *Memor. n.* 292.

140 De que se infiere ser nulo el voto, y la sentencia; porque siendo la recusacion legitima, es nulo todo lo obrado posteriormente, *ex leg. apertissimi, C. de Iudic. cap. suspitionis, de offic. & potest. Iudic. delegat. leg.* 1. *&* 2. *tit.* 16. *lib.* 4. *Recop.* D. Covarr. *practic. cap.* 26. *num.* 1. Acevcd. *in dict. leg.* 1. *à num.* 8. Carrasc. *cap.* 10. *de effectib. recus. num.* 337. Carleu. *tit.* 2. *disput.* 5. *à num.* 11. D. Lorenç. Math. *de regim. cap.* 10. §. 1. *num.* 197.

141 No pudiendose negar fue legitima la recusacion, pues ninguna ay tan vrgente como la causa que se expressò, que fue la propalacion de su

dic-

dictamen,*ex leg.obseruandum,de offic. Proconsul,*Giurba *decis.54.num.3.* Mastrill.*decis.*72.D.Larr.*alleg.*118.*n.*11.

142 Sin que sirva de embaraço,ni reparo la proximidad del dia señalado para la determinacion, por averse puesto con la solemnidad del juramento de no aver llegado antes à su noticia, cũpliendose con el requisito que previene la 4.& 19.*tit.*10.*lib.*2. *Recopil.* y lo que principalmente se atiende en las recusaciones, es la causa que se propone, y no el tiempo en que se haze,y este fue el motivo de contentarse la ley con el juramento de la parte,vt cum Ripol. & alijs, notat Math.*dict.cap.*10.*§.*1.*num.*201. Y ordinariamente en las causas se dispensa la gravedad por el riesgo de litigar ante Iuez sospechoso,*ex dict.l.apertissimi,C.de iudic.* Anton. Fabr *in Iurisp.Papin.tit.*1.*princip.*4.*illat.*3.*ad fin. Nihil hodie frequentius,quam vt ex causa,vel minima dum ne prorsus absurda, aut calumniosa recusentur Iudices,vt sine suspitione lites procedant,* Math. *de re crim.controuers.* 65.*num.*44.

143 De suerte, que aviendose desestimado la recusacion del dicho voto,es insanable la nulidad con que se procediò,regulandole para la sentencia,siendo mas exorbitante el agravio de mandar executar el auto,sin embargo de suplicacion,quãdo esta era permitida por leyes,y ordenanças de la Chãcilleria,*ex l.*19.*tit.*10.*lib.*2.*Recop.*Ordenanç.4.*§.*1.*tit.*12.*lib.*2.

144 Y no altera esta circunstancia el dezirse, que aviendo muerto Don Fernando no se podia hazer el juramento que dispone *dict.l.*19.*tit.* 10.*lib.*2. y que por esta causa no se pudo admitir la recusacion; porque aunque la ley,y estatuto expresse vn genero de probanças, no puede excluir otros equivalentes, *ex l.*3.*§.eiusdem,ff.de testib.* Arias de Mesa *lib.*1. *variar.cap.*24.*num.*10. D.Olea *tit.*1.*quæst.*5.*num.*25.

145 Teniendo menos fundamento el reparo que se ha puesto contra el poder,porque demàs de ser bastante, como se puede reconocer de su inspeccion,no se pudo atropellar la recusacion,privando al señor Principe del derecho que tenia para ratificar los autos hechos por su Procurador; porque estando, como estava en tiempo,cessava qualquier escrupulo, vt cum plurib.tradit Fontanel.*decis.*4.*num.*16.

146 Estas son las nulidades que contiene la sentencia de la Chancilleria de Granada,en que se afirman los señores Duques para su determinacion,siendo tan precisa su providencia en la justificacion del Consejo, que no se discurre pretexto para que se omita su decision;porque reduciendose, como se reducen,al defecto del poder con que se siguiò este pleito, averse introducido por Iuez à Don Miguel Arostegui,contra las leyes del Reyno, y Ordenanças de la Chancilleria, y contra la vniversal practica de todos los Tribunales,estimando por voto legitimo el de Don Fernando Queypo,en que concurren tan superiores medios,que desvanecen su validacion, y acrisolan su nulidad,por averle remitido sin vista del informe en derecho del señor Principe,sin perfecto conocimiento de los autos, por no aver te-

nido

nido presente la adicion que se hizo al memorial ajustado: y lo que es de mayor ponderacion, aver mudado el dictamen, ò vacilado en el que avia hecho quando remitiò el voto, què concepto no se puede persuadir al desprecio de esta sentencia, quando en lo individual de cada circunstancia se cifra notoriamente su nulidad?

147 Y si se consideran las operaciones de estos dos votos, el vno de D. Miguel de Arosteguì, que se introduxo contra todo derecho; y el otro de Don Fernando Queypo, à quien se le privò de la libertad de recoger su voto, vno, y otro estàn significando el impulso de la sentencia; porque en què pudo consistir que declarada la propriedad en favor del Marquès, se remitiesse el pleito en quanto à frutos, pues esta circunstancia no significa la oposicion de dictamenes en lo principal, ni el numero de Iuezes que compuso la sentencia; y es preciso que aviendose omitido por algunos de los que votaron por escrito, la parte que tocava à frutos se remitiesse, en quanto à esta parte, por discordia que huvo en lo principal entre los seis Iuezes restantes: y si en medio de las nulidades de estos dos votos fue tan poderosa la justicia de el señor Principe, que puso la decision en la duda que se reconoce, qual fuera la determinacion sin los votos de D. Miguel, y Don Fernando; pues lo cierto es, que la desgracia de el señor Principe consistiò solo en aver quitado la libertad à Don Fernando. *O tempora! ò mores!*

148 Ni en la determinacion de aquestas nulidades puede caber que aunque esta sentencia huviesse sido nula, se pudiesse confirmar por el Iuez superior, *ex his quæ latè fundat* Barbos. *voto* 17. *num.* 203. *& voto* 51. *per totum*, porque esto se entiende quando no ay oposicion de parte, y demanda formal sobre la nulidad; pero aviendola como en este caso, aunque la sentencia sea justa, no se puede confirmar por el Iuez superior, ex Bart. *in leg. si vt proponis, C. quom. & quand. iud.* Farinac. *in nouiss. dec. decis.* 52. *per totam, n.* 1. ibi: *Non tamen procedit dicta conclusio parte opponente*, Thomat. *decis.* 167. *num.* 6. ibi: *Eo magis cum pro parte ipsius Marciæ in specie dictum fuerit de nullitate, quo casu sententia nulla etiam ex nobis actis* (prout hic) *non potest confirmari, nec reformari, sed debet omninò nulla declarari*, Leon *lib.* 3. *decis.* 17. *num.* 10. ibi: *Dicta regula, quòd sententia iusta quamuis sit nulla potest per Iudicem superiorem confirmari non procedit parte opponente*, D. Cresp. *obseru.* 116. *num.* 152. y assi lo reconoce Barbos. *dict. vot.* 51. *num.* 7.

149 Siguiendose de lo contrario, que teniendo la parte derecho para defender su justicia en dos instancias, se le privarà de la vna, siendo cierto que la sentencia nula no haze instancia, ni aun merece el nombre de sentencia, *ex l.* 4. *§. condemnatum, ff. de re iudic. vbi communiter DD.* Dom. Salgad. *de Reg. protect.* 3. *part. cap.* 9. *num.* 18. Math. *de regim. cap.* 12. *§.* 7. *num.* 4. y confirmandose *simplicitèr* hiziera numero para que la segunda fuesse de revista, D. Cresp. *obseru.* 116. *num.* 154.

150 Y si esto procede en lo regular quando la sentencia es justa, y quan-

quando no ay nulidades de la esfera que hemos propuesto con superior razon en esta sentencia de la Chancilleria, en que el credito de su agravio en lo principal lo manifiesta la misma razon que resulta de los autos, y lo acredita la sentencia de tenuta de el Consejo, en que aviendose examinado con el mayor desvelo por vnas, y por otras partes los mayores fundamentos para sus defensas, se aprobò el poder para testar que diò el señor Conde-Duque, declarando por subsistentes las fundaciones, y llamamientos que en su virtud se hizieron por la señora Condesa su muger; y pues se nos ha venido à la mano la sentencia de tenuta, no es justo que llamandonos ya nuestra obligacion à discurrir sobre lo principal, pues tiene en nuestro respeto el primer lugar, lo tenga tambien el fundamento que se deduce de su autoridad.

Autoridad de la sentencia de tenuta.

151 EL rigoroso examen con que se disputan los juizios de tenuta en el Consejo, es el mayor credito de aquesta autoridad; y la experiencia puede manifestar, es justo se le deve dar el atributo de cosa juzgada à estas determinaciones: porque demàs de los efectos legales, y juridicos que obra la sentencia de tenuta, *ex leg.* 2. *§. quædam, ff. de interdict. nam proprietatis causa continet hoc interdictum, leg.* 5. *§. hoc autem, ff. de itiner. actuq. priuat. leg.* 45. *Taur. leg.* 10. *tit.* 7. *lib.* 5. *Recopil.* Gregor. Lop. *in leg.* 7. *tit.* 4. *part.* 5. D. Molin. *lib.* 3. *cap.* 13. *à num.* 9. Castill. *lib.* 5. *controu. cap.* 91. *num.* 50. Noguer. *allegat.* 9. *num.* 94. D. Salgad. *in labyr. part.* 2. *cap.* 22. *à n.* 73. Cardin. de Luc. *de fideicommiss. discurs.* 13. *num.* 8.

152 No se puede dudar que para obtener en la tenuta se requiere la misma justificacion que para vencer en la propriedad, Paz *de tenut. cap.* 3. *à num.* 9. y por esta razon *in cap.* 5. *à num.* 13. enseña, que no se deve comparar al sumarissimo de *interim*, sino al *interdicto vti possideti*; y que no se deve llamar juizio de tenuta, sino de possession, deviendose de admitir en èl todas las excepciones que pertenecen al juizio petitorio, por tener admixta la causa de propriedad, D. Molin. *lib.* 3. *cap.* 13. *num.* 15. *&* 16. & ibi Add. Paz *tenut. cap.* 38. *à num.* 1. D. Salced. *ad ll. recop. fol.* 235. *à num.* 72. lo qual procede, y se deve entender en todo quanto cabe dentro del termino de los ochenta dias que diò la ley por fatal, y peremptorio; y para lo que no alcança esta dilacion, se remite à las Chancillerias el juizio de propriedad.

153 Siendo este el estilo vniversal de el Consejo, y la doctrina que vniformemente se tiene por assentada que ha hecho practica inconcusa, que ya no se puede disputar que excepciones se admiten en este juizio possessorio, en que aunque antes se admitian vnas, y excluìan otras, aora se admiten todas indistintamente, y se juzga, y determina segun la forma con que se probaron dentro de los ochenta dias, no perjudicandose por esto à

 la

la mayor, y mejor probança que se pudiesse hazer en el termino plenario, quando se remite à las Chancillerias en la propriedad, D. Molin. *lib. 3. cap. 13. num. 24. & 25.* & ibi Add. D. Salgad. *de Reg. protect. 3. part. cap. 12. à principio*, Noguer. *alleg. 23. num. 136. & seqq.* Vel. *disert. 14. num. 10. cum alijs pluribus.*

154 Reconozcanse aora si quantas excepciones se opusieron contra el poder de Toro se disputaron en el juizio de tenuta: porque en lo substancial se tuvieron presentes las mismas probanças, y los mismos instrumentos, sin que se note diferencia alguna en las defensas, porque en lo respectivo à las probanças vnicamente se ratificaron los mismos testigos que se avian presentado en la tenuta, sin añadirse cosa alguna, pues todo estava deducido en el Consejo; y assi para rescindir lo juzgado en èl, no puede aver motivo, sino tener por injusto lo que el Consejo determinò, y esto fuera temeridad irreverente, y se faltàra al respeto, y autoridad con que se deven atender sus resoluciones, que ponderò el texto en la *ley 1. §. his cunabulis, de offic. præfect. prato.* ibi: *Credidit enim Princeps eos, qui ob singularem industriam explorata eorum fide, ac grauitate ad eius officij magnitudinem adhibentur, non aliter esse iudicaturos pro sapientia, ac luce dignitatis suæ, quam ipse foret iudicaturus.*

155 De que resulta, que aviendose determinado esta causa en el juizio de tenuta à favor de los señores Duques, no aviendo novedad alguna en la propriedad que haga diverso el derecho, aquel concepto es clave que sirve para la determinacion en la causa de propriedad, por ser este el fruto que produce la decision de vn Tribunal tan soberano, Thesaur. *in proæm. decis. num. 32. & seqq.* Christinæ *tom. 1. decis. Belgic. decis. 1. & 2. per totam*, Chacheran. *decis. 1. num. 44. & decis. 22. num. 16.* Arias Pinel. & Adic. interlinial. *in leg. 2. Cod. de rescind. vendit. part. 2. cap. 4. num. 2.*

156 Hallandose tan autorizado el derecho de los señores Duques con esta sentencia de tenuta, que le califica el mayor fundamento, pues obra lo que dize el señor Don Iuan Bautista Valençuela *cons. 83. n. 115.* ibi: *Quod huiusmodi determinationes tam Supremij Consilij sunt maximæ authoritatis, & habent vim legis*, Gam. *decis. 33. num. 2. & decis. 238.* adonde dize, que no es licito debaxo de las mismas circunstancias juzgar de otra suerte, sacando de la *ley filius emancipatus. 14. ff. ad leg. Corn. de fals.* ibi: *Sic inueni Senatum censuisse*; que lo juzgado por el Consejo, no solo en el mismo caso, sino en otro que sea semejante en fuerça de exemplar causa derecho; y permitasenos dezir nos pareciera dura qualquiera determinacion de la Chancilleria, si con los mismos autos fuesse contraria à la determinacion del Consejo, especialmente atendiendo à la formalidad cõ que se examinan estos derechos, y que no cediera nuestra obligacion el dictamen de seguir lo mismo que el Consejo avia estimado, pues en materias de esta calidad sirven sus resoluciones de norte, y regla en todos los Tribunales de Europa.

Per

157 Pero haziendo reflexion à las mismas autoridades, que enseñan, que el juizio possessorio sumario no perjudica à la propiedad, y dexa lugar para que se determine, y dispute de nuevo; y por esta causa la sentencia en aquel juizio no perjudica para hazer concepto de cosa juzgada en el ordinario, *ex leg. à Divo Pio, §. si super rebus, ff. de re iudicat. leg. penult. ff. de his qui sunt sui, vel alien. iur. leg. si quis à liberis, §. si vel parens, ff. de liber. agnoscend.* Parlador. *lib. 2. rerum quotid cap. fin. 5. part. §. 12. num. 14. & latius §. 11.* D. Valenç *cons. 121. nu. 105. & cons. 68. num. 62.* Noguer. *alleg. 7. num. 61. & alleg. 26. num. 335.* Flores de Mena *quæst. 12. num. 36.* pues esta regularmente perjudica en otro sumario, *ex leg. de eo, §. sepius, ff. ad exhibend.* Valer. *de transact. tit. 2. q. 5. à n. 19.*

158 La limitacion de esta doctrina es la que principalmente se deve atender en este caso, que es, que aviendose conocido plenamente en el juizio sumario para perjuizio à la propiedad, no adelantandose en las dilaciones del juizio plenario cosa substancial, D. Larrea *allegat. 15. n. 23.* Giurb. *decis. 59. num. 19. & decis. 61. num. 5. & decis. 20.* Cancer. *3. part. variar. cap. 17. num. 552.* Mieres *de maiorat. 4. part. quæst. 14. num. 18.* D. Salgad. *de Reg. protect. 4. part cap. 8. num. fin.*

159 Ni puede aver motivo para que aviendose adquirido legitimamente la possession por la sentencia de tenuta, no aviendo novedad en la propiedad, se le pueda quitar por tenerla conseguida por executoria, Bald. *in leg. dam. & postea, 9. in principio,* versic. *Sed qui si opponeret,* & versic. *Videtur dicindum, ff. de iure iurand.* Alexand. *in leg. 2. num. 2. C. de adend.* versic. *Est & alia conclusio, & in leg. à Divo Pio, 15. §. si super rebus, à n. 4. & in leg. sape, num. 81. ff. de re iudicat.* Perez de Lara *de vita homin. cap. 27. num. 57.* D. Valenç. *cons. 68. num. 62. & 63.* Noguer. *allegat. 26. num. 337.*

160 De suerte, que executoriado el possessorio plenario por sentencia passada en cosa juzgada, para perjuizio por los mismos autos, hasta que en el petitorio directo se destruya la possession por nuevos fundamentos, y razones q̃ vencen la propiedad y como por la *ley 5. tit. 19. lib. 4.* se haze executoria con vna sentencia de tenuta, en la misma forma, y con el mismo efecto que se executoriava por las *leyes 9. & 10. tit. 7. lib. 5. Recop.* por las dos de vista, y revista, sin nuevos autos que vençan la propiedad, no puede el posseedor tenutario decaer de su possession.

161 Procediendo esto con superior razon en el juizio de tenuta, el qual se llama possessorio plenario, que los practicos llamaron *possessorium iuris,* vt cum multis D. Olea *tit. 6. quæst. 5. ex num. 23.* de que resulta, que el posseedor que obtiene en esta forma, no vence solam nte por el derecho de que los posseedores son de mejor calidad, que los que no posseen, *ex leg. vti frui, ff. si vsufruct. petat.* sino que vence en fuerça de derecho mas relevante, porque tiene quanto puede tener por aquel titulo; y hasta anto que el contrario pruebe plenamente el titulo, y derecho que la pro-

pie-

piedad requiere, queda el possessor tenutario con su especie, y opinion de dominio, y con el possessorio iuris pleno, Mieres *de maiorat. in initio, 3. part. num. 16.* ibi: *Ex quibus omnibus infero nouam, & singularem conclusionem, quod si quis possidet bona maioratus ex fundatione, vel per sententiam transactam in rem iudicatam, vel per sententiam datam in Regali Consilio, iuxta leg. 45. Tauri, & posita actione in propietate non ostendit victus in possessione per scripturam, vel testes, est absolvendus possessor in proprietate, & 3. part. quæst. 24. num. 75.*

162 Y con este fundamento se responde à Don Christoval de Paz *de tenut. cap. 69. num. 7.* adonde quiere assentar, que la sentencia de tenuta se juzga de tal naturaleza, que no califica derecho à favor del que obtiene la sentencia; y demàs de que los fundamentos que trae para apoyo de esta doctrina, se convencen por diferentes capitulos de su tratado, y aun con las mismas razones con que la funda en este, si no hallaramos desestimada comunmente esta opinion, se hiziera vn claro convencimiento, valiendonos de lo que èl mismo enseña en el mismo capitulo, y considerando la calidad del juizio de tenuta, en que como hemos dicho, no ay cosa que se dexe de disputar, sobra esto para su satisfaccion; y pudieramos dezir sin temeridad se han visto pocos exemplares en las Chancillerias, en que no aviendo avido novedad en los autos, ò mayor probança de la que se hizo en el juizio de tenuta, es impracticable revocar las sentencias de el Consejo, sin la admiracion que causò la sentencia de la Chancilleria de Granada en este pleito.

163 Con que parece que hallandose oy en el mismo estado que estava quando se diò la sentencia de tenuta, sin averse ponderado, ni probado circunstancia substancial que pudiesse adelantar el derecho del señor Marquès, pues lo principal estava deducido todo en el juizio de tenuta, y solo lo que se añadiò en la Chancilleria fueron vnas sospechas de falsedad inciertas en el hecho, è indignas de estimacion en el derecho, como vno, y otro se reconocerà *inferius*: no cabe que teniendo los señores Duques à su favor vna sentencia del Consejo, siendo el mismo Consejo quien lo ha de determinar, se aparte de lo mismo que ha estimado; y con este fundamento llegamos ya à lo principal.

DIS-

DISCVRSO.

Sobre que auiendo de regularse la sucession de estos Estados, como deue regularse, por las disposiciones que la señora Condesa-Duquesa hizo en virtud de poder de el señor Conde-Duque su marido, que al tiempo y quando se otorgò este poder, se hallò para hazerlo con integra capacidad el señor Conde-Duque.

164 QVando careciesse de nulidad la sentencia de la Chancilleria; que por tan multiplicados medios queda persuadida, ò difiriendo à ella (quod speramus) juntamente el Consejo, passasse à decidir, y determinar estè pleito en lo principal de su controversia, para obtener sobre ella sentencia favorable los señores Duques toman principio en esta parte los fundamentos legales, de que existiendo recomendada su defensa, quedarà evidentemente comprobada la notoriedad de su justicia.

165 Dos disposiciones de el señor Conde-Duque son principalmente las que han comunicado la competencia, sobre la sucession de los bienes, rentas, jurisdicciones, mercedes, y oficios honorificos que adquiriò, y quedaron por su fin, y muerte.

166 En la primera, que es el testamento cerrado que otorgò ante Francisco Suarez, Escrivano del Numero de esta Villa de Madrid, en el Palacio de Buen Retiro, en 16. de Mayo de el año de 42. *Mem. num.* 16. y especialmente en la clausula, *Memor. num.* 96. ha recibido patrocinio el Derecho deducido por los señores Marpueses, hallandose en ella con llamamiento prelativo al de los señores Duques de Medina de las Torres, en los que dispuso, y previno el señor Conde-Duque vinculando sus bienes.

167 En las disposiciones, y testamentos que la señora Condesa su muger otorgò en la Villa de Loeches, ante Rodrigo de Soto, en 25. de Septiembre de el año de 45. *Mem. num.* 111. y ante Alonso de Villa, en 21. de Noviembre de dicho año, *Mem. num.* 133. por sì, y en nombre de el señor Conde, en virtud de el poder que la confiriò para testar, otorgado ante Bernardino de Benavides, Escrivano del Numero, y Ayuntamiento de la Ciudad de Toro, en ella à 19. de Iulio de dicho año de 45. *Memor. num.* 106. y clausulas de estas disposiciones, *Mem. num.* 124. y *num.* 150. han fomentado su defensa los señores Duques de Medina, por estar antepuesto en estas disposiciones, y clausulas su llamamiento en fuerça de la voluntad de el señor Conde al llamamiento de los señores Marquéses.

168 Corto triunfo fuera persuadir la victoria en favor de los señores Duques con las armas de el concurso de estos instrumentos; porque siendo ambos, como de disposicion testamentaria, revocables, es conocida la ventaja, que incluye la posterior con lo sobrado en virtud de el poder de el señor Conde por la señora Condesa; con el qual, y sus disposiciones,

otras testamentarias precedentemenre otorgadas, y consequentemente la de el año de 42. quedaron *ipso iure* derogadas, y alteradas, *vt notum est in iure, l. sancimus, C. de testam. l. 1. & l. 2. & l. si bina Tabula, ff. de iniusto rupt. l. 1. C. de Sacros. Eccles. l. Imperatores, C. qui testam. fac. pos. §. Posteriore inst. quib. mod. test. infirm. cap. cum Martha, de celebr. Missar. l. 8. 21. 22. & 23. tit. 1. part. 6.* D. Covarr. 2. *part. rubr. de testam.* Gom. *in leg. 3. Taur. à num. 92.* Castill. *lib. 4. controuers. cap. 37. num. 31.* Ciriac. *controuers. 168. & 360.* Giurb. *ad Consuet. Mesan. cap. 6. glos. 2. part. 1. num. 15.*

169 *Quod procedit,* aunque no intervinieisse clausula revocatoria de las disposiciones, y testamentos precedentes, *l. omnium*, vbi communiter DD. *C. de testam.* Bald. *in l. fin. quaest. 5. C. de Codic.* D. Greg. Lop. *in l. 103. tit. 18. part. 3. glos. 5.* Scip. Rovit. *cons. 93. num. 2. & 3.* Cephal. *cons. 32. & cons. 72. lib. 1.* Bursat. *cons. 47. num. 7. lib. 1.* Menoch. *cons. 176. num. 1.* Farinac. *cons. 97. num. 20. tom. 2.* Sforcia *cons. 89. num. 40.* Gracian. *tom. 4. discept. cap. 605. à num. 1.*

170 Pero no conteniendose el señor Conde en los terminos de lo suficiente, passò su enixa, y deliberada voluntad à los de lo superabũdante, expressando en el poder otorgado en Toro, que revocava todos los testamentos anteriores que huviesse hecho; con lo qual quiso establecer que operasse con mayor eficacia lo que apetecia, revocando lo que anteriormente tenia dispuesto, vt in terminis considerant Bald. & Angel. *in Authent. hoc inter, C. de testam.* Roman. *cons. 385. sub num. 6. & 7.* Scip. Rovit. *decis. 56. num. 10. & cons. 93. num. 12. tom. 1.* ibi: *Hac autem clara voluntas testatoris, quod secundum praualeret primò constat ex clausulis in eodem testamento adductis, & signanter illa (casans, irritans, & annullans omnia alia testamenta, codicillos, & omnes vltimas voluntates) Hac enim clausula, quia de iure non est necessaria ad reuocationem primi testamenti dum fuit apposita debet magis operari, & aperte ostendere voluntatem testatoris, quod velit secundum praualere.*

171 *Et etiam,* que fuesse la posterior disposicion nuncupativa, y menos solemne; porque hallandose perfecta, deve revocar, como revoca, y desvanece *ipso iure* la anterior, aunque su otorgamiento fuesse mas solemne, por averse hecho *in scriptis, l. 2. de iniusto, & rupt. l. hac consultissima, §. si quis autem, C. de testam. l. si iure, de leg. 3.* D. Covarr. *in rubr. de testam. 2. part. num. 21.* Peralta *in l. si quis in princip. testam. de leg. 3. num. 26. & 33.* Marta *de succes. leg. 2. tom. 4. part. quaest. 4. art. 5. à num. 6.* Gracian. *tom. 4. discept. cap. 605. num. 9. & cap. 659. à num. 1.* Matienç. *in l. 13. tit. 4 lib. 5. glos. 1. num. 2.*

172 Lo qual milita aunque la primera disposicion, y testamento se hallasse corroborada, autorizada, y fortalecida con copioso, y excessivo numero de testigos; porque *adhuc* quedaria alterado, y revocado por el segundo, en que solo interviniesse el numero, y calidad de testigos que re-

quie-

quiere el Derecho, *l. militis codicillis, §. fin. de testam. milit.* Bart. *in l. haeredes palam, §. si quis post, ff. de testam.* D. Covarr. *vbi proxim. num.* 1. & Peralt. *num.* 53. Matienç. *glos.* 9. *num.* 27. & *in leg.* 13. *eod. tit. glos.* 1. *num.* 2.

173 Sin que contenga oposicion, ni ofensa lo que Antonio Fabro *de error. Pragm. decad.* 68. *error.* 1. contra la comun, y recibida sentencia, con algunos fundamentos insinuò para que el testamento nuncupativo posterior no revocasse el anterior *in scriptis* por su mayor solemnidad; Porque vltimamente, reconociendo la flaqueza de lo que opinava, se arrimò a la comun opinion, q̃ advertia, ibi: *Mihi autem subtilius totam rem hanc aestimanti, probabilius videtur, vt ad testamentum solemne, quod in scriptis factũ fuerat reuocandum, non minor potestas sit testamenti posterioris per nuncupationem conditi, quam si aequè in scriptis factum esset, in eoque conuenit mihi cum frequentiori schola interpretum.* Et errore 2. statim initio: *Illud ergo pro indubitato habeamus posse testamentum solemne in scriptis conditum reuocari per posterius nuncupativum ipso iure.*

174 Y aunque en ambos errores intentò probar que no de otra forma se alterava, y revocava el testamento cerrado por el posterior abierto, que con clausula derogatoria de el testamento primero en esta opinion fue singular, como el mismo Fabro lo confiessa, *dict. error.* 1. ibi: *Quòd nescio an ex interpretibus quisquam in hunc diem ante me dixerit.* Lo qual tampoco ha podido ser ponderable en los terminos en que nos hallamos, interviniendo en el poder que otorgò el señor Conde-Duque la clausula expressa revocatoria de otras disposiciones, y testamentos anteriores, como queda referida supr. num. 170.

175 No ignorando los Abogados, que han governado el derecho de los señores Marqueses, los notorios, y conocidos efectos que por las reglas referidas producen el poder, y disposiciones en su virtud otorgadas por la señora Condesa, alterando, y revocando el testamento de el año de 42. y que ha quedado reducido à no titulo, y por esto sin substancia, ni fruto alguno, *l. nec vllam, §. item, ff. de petit. hared.* Affl. & *decis.* 271. *num.* 3. Menoch. *de retin. rem* 3. *num.* 639. Osasch. *decis.* 160. *num.* 12. D. Valenç. *cons.* 69. *num.* 250. Para preservar este testamento de los efectos de la posterior disposicion, dexarle indemne, permanente, & *in statu validitatis*; como el Achiles de su patrocinio han conspirado por lo que la volubilidad, y arrojo de algunos testigos han sugerido en turbar, y desvanecer el poder de el señor Conde con quantos medios pueden ser excogitables.

176 Opinando lo primero contra la integridad de la sana mente, y memoria del señor Conde, turbando su capacidad para el otorgamiento de este poder.

177 Suponiendo lo segundo, que assimismo se hizo sin otras solemnidades, y requisitos en derecho necessarios.

178 Y vltimamente, negando la potestad en la señora Condesa,

Do-

Duquesa para la execucion de lo obrado en virtud de el poder.

179 Y reservando para otro tiempo, y lugar el desempeño con la satisfaccion de estas vltimas partes, miembros, ò medios con que los señores Marqueses, y sus Abogados las componen.

180 Deviendo serles buenos correspondientes en el conocimiento de las reglas, assi como concebimos que nos confiessan las presupuestas sobre la naturaleza, y efectos de la posterior disposicion de la señora Condesa, en virtud del poder de el señor Conde, *sic libenter*, reconocemos, y confessamos que deven proceder en los terminos de averse otorgado el poder, como qualquiera otra disposicion testamentaria por persona habil, y capaz para ello, y con el concurso de las solemnidades, y requisito prevenidos para la validacion de el acto, y que *quomodocumque* fuesse imperfecto, ò defectuoso, no quedaria alterado, ni derogado el primero testamento, *l. si iure*, 18. *de leg.* 3. Surd. *cons.* 300. Ciriac. *controuers.* 360. *num.* 109. si bien esto pudiera permitir algunas declaraciones, que como agenas de nuestro intento omitimos.

181 *Et ideò etiam*, reconocemos que es notoria *in iure* la regla de que el Furioso, mentecapto, vel qui aliquo mentis vitio laborat, es intestable, *vt prob. in l. 2. l. fil. famil. l. in aduersa*, 19. *l. qui testam.* 20. *§. neque furiosus, ff. de testam. l. furiosus*, 9. *C. qui testam. fac. poss. §. item furiosus, inst. Quib. non est perm. fac. test. cap. cum dilectus, de succes. ab intest. l.* 13. *tit.* 1. *part.* 6. vbi communiter DD. Iul. Clar. *in §. testam. quæst.* 5. vers. *Sed an furiosus*, Gom. *in l.* 3. *Taur. num.* 6. Cald. Pereir. *cons.* 24. *num.* 3. Dom. Roder. Suar. *allegat.* 1. *per tot.* Reynos. *obseru.* 32. Sessè *decis. Arag.* 56. Ciriac. *controu.* 336. cum alijs plurib. Antunez de Portugal *de donat. lib.* 3. *cap.* 15. *à num.* 21.

182 Pero que con semejante regla (piedra, y vasa fundamental del edificio de la pretension de los señores Marqueses) aya quedado, y quede desvanecido el poder de el señor Conde-Duque, y disposiciones, en su consequencia otorgadas por la señora Condesa-Duquesa su muger, como incierto en el hecho, *hoc opus, hic labor.*

183 Y para vindicarla de objeccion tan agena de la verdad, como hija de la maquinacion artificiosa que la ha fomentado, es preciso que procedamos con la brevedad que sea possible, por los varios medios que por los litigantes reciprocamente se han controvertido, dividiendolos en §§. segun la serie que resultarà de este informe.

§. I.

§. I.

Que à los señores Marqueses les ha pertenecido la obligacion de probar la incapacidad por insania, ò defecto de memoria de el señor Conde-Duque, y en què forma lo han devido hazer para viciar el poder que otorgò, y disposiciones en su virtud hechas por la señora Condesa-Duquesa su muger.

184 QVe à los señores Marqueses les aya pertenecido esta obligacion, y carga de probar la incapacidad de el señor Cõde, *suadetur*. Lo primero, porque al señor Duque de Medina de las Torres padre se le diò la tenuta, como queda ponderado; y sin embargo de que Don Christoval de Paz *tom.2.cap.69.* confessando que es mixto el juizio de ella, no quiere rendirse à comunicar presumpcion al que vence, *vt inducat onus probandi in aduersarium*, resuelven los Autores, que es verdadera la possessiõ que esta comunica, Menes. *in l. post mortem, C. de fideicom. num.23.* Acevcd. *in l.9.tit.7.lib.5. Recopil. num.7.* ibi: *Et sic vera possessio est illa quæ acquiritur ex remedio dictæ legis*, y continuandose por semejante titulo, y medio en los señores Duques; y siendo por este concepto verdaderos posseedores, y reos convenidos en el juizio petitorio, y de propriedad, es preciso que gozen de sus efectos, transfiriendo la obligacion de probar en los señores Marqueses, *l. certi conditio, C. de interdict.* ibi: *Vt probationes ab eo, qui de possessione victus est exigantur, l. fin. C. de rei vindic.* ibi: *Non nisi suam intentionem implenti restituere cogitur, l.28.tit.2.part.3.* ibi: *Pero muy grande nace à los tenedores de las cosas, quier las tengan con derecho, ò no, que maguer los que se las demandassen, digan que eran suyas, si no las pudiessen probar finca la tenencia en aquellos que las tienen.* Y lo mismo se deduce del *§. Retinendæ inst. de interd. l. officium, ff. de rei vendic.* Ruin. *cons.54.num.3. lib.4.* Thusc. *litt. R. conclus.117.num.1.* Did. Perez *in l.3.tit.10.lib.8. ordin. glos.1. pag.228.* Noguer. *alleg.20.num.7.*

185 Lo segundo, porque los señores Duques se hallan cõ la assistencia de derecho, favorecidos de la autoridad de el instrumento, como lo es el poder otorgado ante Escrivano publico, y testigos, Bal. *cons.437.num.5. & in cap.1.§. instrumentum, de nat. succes. feud.* en donde dixo: *Quod habebat pro se præsumptionem legis*, Surd. *cons.175. præcip. num 60.* Farinac. *de falsit. quæst.152.num.27.* Menoch. *de præsumpt. lib.1. quæst.99. num.12.* Thesaur. *lib.1. quæst. forens. quæst.47.num.7.* Altograd. *cons.50.* Castill. *decis.135.num.15.* alter Castill. *tom.2. controu. cap.16. à num.34.* Ciriac. *controuers.407.tom.3.num.73.* D. Valenç. *cons.2.num.18.*

186 Lo tercero, porque assimismo tienen igual assistencia; porque la capacidad, è integridad de juizio es natural, como al contrario, y accidente su desconcierto, y assi se deve probar quien le propone, *l. nec codicil-*

cillos,C.de codicil. vbi Gothofr. *cap.vltim.*vbi Scrib. *de succes. l.2.tit.*14. *part.*3. Decian.*cons.*127.*num.*29.*lib.*3. Mascar.*conclus.*284.*num.*8. Menoch. *lib.6.præs.*45.*num.*22. Mench.*tom.*2.*lib.*1. *de succes.progres.* §.1. *num.*60. Castill.*tom.*4.*cap.*28.*num.*20. Barbos.*vot.*11.*num.*7.

187 *Quo supposito*, aunque la probança de el furor, y carencia de juizio se deduce de congeturas, y presumpciones, han de ser tan violentas, y relevantes, que precisa y necessariamente le concluyan, y en esta forma le han devido justificar, y probar los señores Marqueses, sin que basten para persuadir la insania otras presumpciones, y congeturas de inferior calidad, vt tenent Petr. Royz.*decis.*2.*Lituan.num.*33. Tusch. *conclus.*541. verb.*Furor,num.*47. Farin.*in fragm.eod.* verb.*Furor*, *num.*276. *& num.*257. ibi: *Hinc est quod signa concludentia furorem debent esse talia, vt removeant ab homine omne iudicium omnemque mentem, & intellectum*, Tiber. Decian.*cons.*127.*num.*29.*lib.*3. Magon.*decis.*97.*num.*13. Cald.*cons.*24.*num.*2. Argel.*de acquir.posses.quæst.*3.*art.*1.*num.*56. Burat.*decis.*256. *num.*1. & ibi Ferentil.*num.*28. Noguer.*alleg.*25. *num.*69. Phebo *decis.*78.*in princip.* Barbos.*dict.vot.*11.*num.*7.

188 Y no solo ha devido ser concluyente la probança, *sed imò* concluyentissima, porque contra presumpcion de calidad natural, se requiere que sea muy exacta, *l.fin.C.de testam.* Anton. Gom.*in l.*3. *Taur. num.*7. *&* 8. Rota *decis.*233.*num.*20. *& decis.*298. *num.*3.*part.*7. *diuers.* Simon de Præt. *de interpret.vltim.volunt.lib.*2.*interp.*1. *dub.*1. *solut.*4. *num.*13. Barbos.*vbi proxim.*

189 Y de el tiempo del acto, y otorgamiento de el poder, *leg.*2. *l qui testam.* §.*quacumque*, *de testam.* Bart. *in l.*2. *num.*3. *de bonor. posses. fur.* Alex. *cons.*85.*num.*7.*lib.*2. Paris.*de resign.lib.*3.*quæst.*8.*num.*21. Magon. *decis.*97.*num.*13. Duran.*decis.*178.*num.*10. Rota *decis.*333.*part.*7.*num.*19. *&* 25. *& decis.*298.*num.*4. Barbos.*cum plurib.dict.vot.*11.*num.*8. *&* 12. sin que baste del tiempo anterior, ò posterior, sino en los casos que referirèmos en satisfaccion de lo opuesto por los señores Marqueses en los medios de lo congetural, *de quo infrà.*

190 Y los testigos que han depuesto de actos especiales, de que pretenden arguir furor, han devido ser contestes, no bastando los singulares, porque aun para probarle *in genere*, es proposicion que estos bastan; se limita lo referido quando se pretende probar el furor *in specie* de algunos actos ciertos, y particulares, Mascar. *conclus.*503.*n.*16. *&* 17. *& conclus.*827.*num.*8. *& conclus.*1049.*num.*33. Farin. verb. *Furor*, *num.*290. *cum seqq.* Cald. *dict.cons.*24.*num.*7. Tusch. verb.*Furor,conclus.*541.*num.*87. Magon.*decis.*97.*num.*9. Mier. *de maior.* 1.*part. quæst.*1. *num.* 383. *cum sequentib.*

191 Y con los actos que han podido ser aplicables à causa diferente que el furor, por ser equivocos, y capaces de admitir, inteligencia cuerda, y prudente, no se induce su probança por no concluir *per necesse*, como era pre-

preciso, Menoch. *lib.6. præsumpt.45. num.22.* Mantic. *lib.2. de coniect. tit. 5. num.12.* Mascar. *conclus.503. num.5. & 6.* Surd. *cons.89. num.8.* Rota *2. part. divers. decis.107. num.34. & 35. & part.7. decis.298. num.75.* Farinac. verb. *Furor, à num.236.* Pacian. *lib.1. cap.43. à num.45.* Castill. *tom.4. controu cap.38. num.27.* Royz. *dict. decis.1. num.16.* ibi: *Quoties enim rei cuius quam complures esse causæ possunt ei vnam certam aliquam tribuere non oportet.*

192 De que procede, que ni el acto de tirar piedras se ha tenido por prueba bastante de furor, no estando verificado no procediò de otra causa, ni la inobediencia à los Medicos, y resistencia à las medicinas, porque puede nacer de otro accidente, ni descubrirse en la cama, ni hazer otros actos descompuestos, ni blasfemar, ò arrancarse los cabellos, vt probarũt Auth. *proxim. relat.* Alciat. *de præs. reg.1 præs.38. in fin.* Bellon. *cons.76. num.7.* Paris. *cons.88. num.58.*

193 Como tampoco por tal qual acto desordenado executado, *ex accidenti* (quando por otros repetidos de obras, y palabras, como en nuestros terminos se halla probada la capacidad) se ha concebido, y regulado la insania; por cuya razon los mandatos ineptos de los testadores, y fuera de proposito, se han repelido de las disposiciones, sin estimarlas por viciosas, producidas de delirio, *l. fin. §. mulier. ff. de aur. & arg. leg. si quis. 14. §. non autem, ff. de Relig & sumpt. funer. l. quidam in suo testamento, ff. de cond. & instit. l. seruo alieno, 13. §. fin. ff. de leg.1.* Corn. *cons.91. vol.4.* Paris. *dict. cons.88. n.38. vol.5.* Mantic. *lib.3. de coniect. tit.3. num.15.* Durand. *decis.178. num.91. plenissimè cum pluribus* Barbos. *dict. vot.11. ex num. 13. cum seqq.*

194 Y vltimamente para la firmeza de el testamento no se requiere total capacidad, y juizio, sino es que basta no estar enagenado de todo punto de la razon el que dispone; porque se compadece tener el entendimiento debil, y flaco en algunas razones no conformes à personas de cabal juizio, y que *adhuc* estè con bastante disposicion para que sea testable, Ias. *in l. furiosum, num.2. Cod. qui testam. fac. poss.* Paris. *dict. cons.88. n.40.* Tib. Decian. *cons.51. à num.82. lib.4. & cons.127. lib.3. num.32.* Ioseph Ludovis. *decis.1. num.14. part.1.* Farin. *decis.525. num.5. tom.2. in posthumis, & decis.384.1. part. recent. num.5.* Gratian. *tom.5. cap.843.* Zacch. *quæst. med. leg. lib.2. tit.1. quæst.7. num.40.* Barbos. *in cap. fin. de succes. ab intest. num.9.* Argel. *de acquir. posses. quæst.3. art.1. num.65.* Cavaler. *decis. 622. num.4.* Burat. *decis.256. num.10.* Caren. *resolut.171. num.13. & 16.* Noguer. *alleg.25. num.69.* Cardin. Ioan. Bapt. de Luca *de testam. discurs. 39. num.15. & discurs.40. num.7.*

195 Verificado, pues, que à los señores Marqueses les ha pertenecido la obligacion de probar la insania de el señor Conde-Duque de el tiempo de el otorgamiento de el poder; y que hemos assimismo persuadido la calidad que ha de contener la probança, descenderèmos aora à examinar

si

si los señores Marqueses han hecho la que devieran para obtener en este juizio, incluyendonos en los medios de que se han valido para acreditarlo.

196 Estos los han compuesto de testigos, ponderando con sus deposiciones probança positiva congetural, y presumptiva, por la calidad de la enfermedad, y delirio, experimentando en el discurso de ella, y que antecediò al dia de el otorgamiento de el poder, y otros de cuyos medios *seorsim agemus* para mas claro convencimiento de todo.

§. II.

Que los señores Marqueses no han probado positiuamente el furor, y delirio que suponen padeciò el señor Conde-Duque de el dia, y tiempo de el otorgamiento de el poder.

197 ANtes que nos incluyamos en el examen de la probança del dia Miercoles, que fue en el de el otorgamiento del poder, dexarèmos previamente reconocido *quando, y como tomò principio la enfermedad de el señor Conde, y curso de ella hasta el referido dia Miercoles*; y de los supuestos ciertos que de este reconocimiento anticipado dexarèmos formados, y hechos, nos aprovecharèmos, no solo para los medios congeturales, y presumptivos que han ponderado los señores Marqueses, y de que tratarèmos despues, sino es para el convencimiento de las deposiciones de algunos de los testigos sobre el medio positivo, que antecederà à los congeturales, y presumptivos sobre la capacidad de el señor Conde en el referido dia Miercoles, y tiempo del otorgamiento de el poder, observando semejante orden, porque con otra fuera mas dificil la claridad que deseamos; aviendo concebido, y tenido presentes ambos methodos, y discernido para lograrla el propuesto por mas apto, y compatible, segun lo articulado, y probado, y circunstancias de los testigos sobre ello.

198 Y para que escusemos controversia en lo que no se requiere, y pide la verdad, y fidelidad con que se deven tratar los hechos en todos los juizios, y lleguemos con menor embaraço donde se pueda excitar, y proponer, y juntamente convenga.

199 Suponemos lo primero, por lo que resulta de vnas, y otras probanças, y en que conforman las partes interessadas en ellas, como al señor Conde se le reconociò el dia Sabado quince de Iulio con delirio, y algun desconcierto en la razon.

200 Lo segundo, como este accidente se fue continuando en los dias successivos, y como en ellos se le hizieron diferentes remedios, de sangrias, y vna ayuda, con que obrò veinte y tres cursos.

201 Lo tercero, como en el referido dia Miercoles por la mañana, en que otorgò el poder, se le conociò con sossiego, quietud, alivio, y mejoria.

Lo

202 Lo quarto, como en esta ocasion, y mañana otorgò el dicho poder, y vna donacion, ò nombramiento de vna tabla franca de las Carnecerias de esta Corte, à favor de Iuan Vicente, *de sua Mem num.* 1445.

203 Lo quinto, como despues de la comida le sobrevino vn sopor, ò letargo, de que no bolviò, falleciendo en este estado el dia Sabado siguiente.

204 Lo referido es lo que no permite duda, alteracion, ni controversia en el hecho.

205 Lo que se ha dudado, y controvertido solo en el hecho, consiste:

206 Lo primero, en si la enfermedad empeçò Viernes en la tarde catorce de Iulio; ò si fue en el Sabado siguiente por la mañana, ò por la tarde; ò si la calentura se descubriò primero que el delirio, ò al contrario: el delirio se conociò primero que la calentura.

207 Lo segundo, en si el Martes en la tarde precedente al dia Miercoles de el otorgamiento de el poder tuvo remission, y permitiò intervalo la enfermedad de el señor Conde, restituyendose por algun tiempo à su integra capacidad, porque los señores Duques lo han afirmado, y los señores Marqueses no lo han reconocido.

208 Lo tercero, en si la quietud, sossiego, alivio, y mejoria de el Miercoles fue omnimoda restitucion à la sanidad, è integridad de juizio, y la suficiente para el otorgamiento de el poder, y los actos executados en este dia por el señor Conde, convienen con la sana mente, ò persuaden el furor, ò insania.

209 Reservado esto vltimo, como queda ofrecido, para el lugar mas oportuno que le corresponde, y convirtiendonos à lo que se controvierte, y duda sobre el principio de la enfermedad; y si fue con delirio, ò precediò à èl la calentura; y si huvo, ò no la intermission, ò intervalo de el Martes en la tarde,

210 Devemos dezir, que los señores Marqueses no han probado, como han supuesto, que la enfermedad de el señor Conde tomasse principio con delirio, como tampoco que no huviesse intervenido el intervalo de el Martes.

211 Y por el contrario, que los señores Duques han probado que à el delirio, y furor que se reconociò al señor Conde, antecediò assimismo el conocimiento de otra indisposicion Viernes precedente en la tarde, y Sabado por la mañana, acompañada de calentura indemne en estos tiempos de delirio.

212 Y como assimismo tienen probado que este estuvo remitido el Martes en la tarde, restituyendose el señor Conde à la integridad de su juizio por el espacio de dos horas, con poca diferencia, que durò el intervalo.

213 *Quòd omne suadetur ex sequentibus.*

214 Lo primero, porque los testigos de que se han valido los señores Marqueses examinados debaxo *de la segunda pregunta de tenuta, y tercera de propriedad, y Memorial fol.227. B.* que es donde se articulò *el quando, y como tomò principio la enfermedad*, solo deponen, que aviendo concurrido, y asistido el señor Conde à la visita, juego, y divertimiento en que intervenian los Cavalleros de Toro, segun lo hazian los demàs dias en su casa en la tarde de el del Sabado; estando en este juego, y diversion, se le reconociò que no estava bueno, por algunas razones poco concertadas; por lo qual se retirò de la visita, y los Cavalleros dexaron con esta novedad el juego, y la casa de el señor Conde, separandose cada vno para la suya, ò otra parte; dando este tiempo por el principio de la enfermedad, y por el desconcierto de las razones q̃ advirtieron, que fue con delirio, segun se deduce de los testigos (como son algunos de los Cavalleros que se hallaron presentes) que se expressan con sus deposiciones.

215 Don Francisco Fernandez de Andia y Razaval, Vizconde de Santa Clara, *Mem.num.551.* ibi: *Y su enfermedad comenzò por desconcierto de la cabeça Sabado en la tarde quince de el dicho mes, en que se leuantò de ver jugar al hombre, al testigo, y à otros Caualleros que estauan en su quarto.*

216 Antonio Garcia de la Barxa y Cangas, vezino de la Ciudad de Toro; *Mem.num.561.* ibi: *Que el Sabado quince de Iulio del año de 45. à cosa de las tres de la tarde poco mas, el testigo, como acostumbraua los demàs dias, fue à las casas donde viuia el señor Conde, y hallò que en la sala donde algunos Caualleros se entretenian, y que de ordinario solia estar el señor Conde, por el gusto que tenia de que le fuessen à entretener, solo auia algunos Caualleros que estauan jugando; y viendo que faltaua el señor Conde, preguntò por su Excelencia, y le dixerõ se auia entrado en su quarto indispuesto: con lo qual auiendo estado alli algun tiempo, visto que no boluia à salir, pareciendoles que la indisposicion seria cosa considerable, dexaron la conuersacion, y se salieron todos.*

217 Don Diego Vazquez de Aldana y Ribera, Cavallero del Orden de Santiago, vezino de dicha Ciudad de Toro, y Regidor en ella, *Mem. num.569.* ibi: *Y el dia que cayò malo estaua en casa de el dicho señor Conde-Duque jugando al hombre con otros Caualleros, como solian los demàs dias, por entretenerlo, y por el gusto que de ello tenia su Excelencia, el qual estando viendo jugar se leuantò, y lleuaron à su quarto, diziendo que iba malo; y por que antes se reconociò por algunas razones que auia dicho desconcertadas, à todos les pareciò era cosa considerable la dicha enfermedad, y por esso breuemente se dexò el juego, y se fueron todos.* Et inferius, examinado en tenuta, *num.570.* ibi: *Que el Sabado quince de Iulio de el dicho año, como entre quatro, y cinco de la tarde, se leuantò el señor Conde de donde estaua sentado, y dixo: Muy malo me siento à la cama me voy; y el testigo no le oyò otras palabras mas que las referidas; y en diziendolo se fue à la cama.*

El

218 El P. Fr. Iuan de Iesus Maria, Difinidor de la Orden de Carmelitas Descalços, *Mem.num.* 548. ibi: *Que al tiempo que de orden de la señora Condesa retiraron al señor Conde-Duque à su aposento, este dia por la tarde* (hablando del referido Sabado) *obligada la señora Condesa de la poca consequencia de ajustamiento de razones que hablava dicho señor Conde Duque, segun la señora Condesa le dixo al testigo immediatamente aquella tarde.*

219 De todos los quales testigos que en favor de los señores Marqueses han depuesto sobre el principio de su enfermedad, porque el Hermano Iuan del Rio, *Mem.num.* 540. solo dize de oìdas, que començò por desconcierto de la cabeça; pero sin expression de el tiempo, y principio: y el Padre Ripalda, *Mem.num.* 535. que callando lo que todos deponen sobre el sucesso de el Sabado en la tarde, supone que la enfermedad tomò principio con delirio por la mañana, en cuya circunstancia de el delirio, como singular, no deve ser creìdo, *cap. omni negotio, de testibus cum vulgat.* demàs de que le dexarèmos convencido en ella, solo se puede deduçir que al señor Conde en dia Sabado en la tarde se le reconociò el accidente de el delirio; pero no persuaden de que sin èl no huviesse padecido, y empeçado à sentir Viernes en la tarde alguna indisposicion, y que el Sabado por la mañana la dexasse de experimentarla con alguna calentura; porque los testigos, que deponen de vn tiempo, y acto cierto, no percuten, ni comprehenden otro anterior, ò diverso, ni sus deposiciones reciben extension para èl, vt notant DD. *in l. optimam,* 14. *§ fin. Cod. de contr. empt.* Iul. Clar. *§. fin. quæst.* 52. *num.* 4. Pacian. *de prob. lib.* 1. *cap.* 36. *à num.* 14. Hermos. *plenissimè, in l.* 9. *tit.* 5. *glos.* 5. *num.* 9. *&* 10. *& à num.* 67. *vsque in fin. cum plurib.* Roxas *de incompat. part.* 2. *cap.* 1. *num.* 53.

220 De que se sigue, que si los señores Duques tuvieren probado que la indisposicion de el señor Conde se reconociò; ò Viernes en la tarde, ò Sabado por la mañana; descubriendosele en alguno de estos tiempos la calentura, avràn destruido el que Sabado en la tarde tomasse principio la enfermedad, aunque el delirio se descubriesse; pues este solo los testigos de los señores Marqueses le persuaden, y concluyen desde el Sabado en la tarde.

221 Que tengan probado los señores Duques anterior principio sobre la indisposicion de el señor Conde al Sabado en la tarde, en que se le reconociò el delirio, de que deponen los testigos de los señores Marqueses, *patet*:

222 Lo primero, porque sobre *la quarta pregunta de tenuta, quarta de la propriedad, y quarta en la instancia de el Consejo*, de las probanças de los señores Duques, *Mem. fol.* 321. D. Nicolàs de Ontañon, *Mem. num.* 1050. Artus de Roy, *Mem. num.* 1059. Iuan de Arbiçu, *num.* 1085. Don Christoval de Ontañon, *num.* 1091. D. Iuan de Ledesma, *num.* 1087. Doña Francisca de Cisneros, *num.* 1089. deponen contestando que Viernes

catotce de Iulio en la tarde se le reconociò al señor Conde con alguna indisposicion, y calentura; y de oìdas Don Bernardino Ramirez, Clerigo Presbytero, Capellan q̃ fue de el señor Conde-Duque, *Mem. num.* 1047. y aunque sin la circunstancia de la calentura depuso de esta indisposicion asimismo el Padre Fr. Iuan de Iesus Maria, testigo presentado por los señores Marqueses, *Mem.num.* 548. y el Padre Fr. Iulian de Navalcarnero, *Mem.num.* 659.

223 Lo segundo, porque sobre què se le huviesse juntamente reconocido à el señor Conde con no buena disposicion, y calentura Sabado siguiente por la mañana, lo deponen debaxo de las referidas preguntas todos los testigos que se iràn ponderando.

224 El Doctor Lazaro de la Fuente, Medico de la familia de su Magestad, y vno de los que asistieron al señor Conde en su enfermedad, *Memorial num.* 1056. ibi: *Que el testigo no supo que el señor Conde estuuiesse malo de la enfermedad de que muriò hasta el dia Sabado quince de Iulio como à las nueue, que auiendo ido al campo, despues de auer comulgado, y confessado, como lo tenia de costumbre cada dia; porque aunque entonces no le viò confessar, ni comulgar, juzga de la costumbre ordinaria que tenia de cada dia, lo haria aquel dia, y el testigo estaua ocupado en visitar los enfermos, aunque no se acuerda donde se hallò, mas de que auiendo buelto de el campo poco mas de las nueue de el dicho dia, le viò el testigo en el aposento donde dormia junto à su cama sentado, y le dixo que no estaua bueno, y el testigo le tomò el pulso, y le hallò con calentura, y le dixo como la tenia; y sin embargo no se desnudò, ni acostò por entonces, y se animò à assistir por la tarde à vnos Caualleros de Toro, que se iban à entretener, hasta que à cosa de las quatro, ò las cinco de la tarde, que no se acuerda de la hora fixa, mas de que le parece era esta, se leuantò de adonde estaua sentado, y se fue à la cama, hallandose presente el testigo, y le fue siguiendo, y se desnudò, y acostò, ayudandole sus criados.* Y añade: *Que quãdo se fue à la cama, despues de acostado reconociò que la calentura crecia, y padecia la cabeça, y deliraua, porque dizia algunas cosas fuera de proposito.* De cuya deposicion se reconoce, que la enfermedad, y calentura se reconociò por la mañana, y que el delirio solo se descubriò posteriormente à ella por la tarde, quando se aumentava con el crecimiento.

225 Simon Rodriguez de Vbierna, Gentilhombre que fue de el señor Conde, *Mem.num.* 1062. ibi: *Que el Sabado por la mañana quince de Iulio de 1645. auiendo salido al campo el señor Conde, como solia todas las mañanas, boluiò algo mas temprano que otras à casa, y se echò vestido sobre la cama, y sossegò como vna hora, y comiò bien, y con quietud.* Y añade el sucesso que queda expressado de la tarde; con que asimismo por este testigo se verifica que el señor Conde tuvo indisposicion por la mañana, assi por averse recogido mas temprano de lo que acostumbrava, de el campo, como por averse echado vestido en la cama, y que en toda esta mañana

ca-

careciò de delirio, pues no se le reconociò hasta la tarde; antes bien que comiò con quietud.

226 Don Diego de Llamacanes, *Mem.num.* 1056. despues de aver referido la salida al campo Sabado por la mañana, añade, aver dicho en el campo el señor Conde, *Que no estaua para montar à cauallo (como lo solia hazer) y con esto se boluiò vna hora antes que solia, y siempre que boluia à casa le salia à recibir al aposento donde dormia la señora Condesa su muger; y como aquel dia vino antes de lo acostumbrado, se adelantò el testigo, y entrò en el aposento la señora Condesa, y la dixo como el señor Conde no venia bueno: y con esto saliò al dicho quarto, y le mandò al testigo llamasse al Doctor Lazaro, y le llamò, y auiendo reconocido el pulso, le dixo tenia calentura; y aunque le dixo se acostasse, no quiso hazerlo, ni se acostò hasta por la tarde entre cinco, y seis.* De cuya deposicion asimismo se deduce averse reconocido la indisposicion, y calentura por la mañana sin el delirio.

227 Fray Iuan de Iesus Maria, *Mem.num.* 1071. contesta en lo mismo. Iuan de Arbizu, *num.* 1086. *asimismo de la salida del campo, buelta con mas brevedad que lo acostumbrado; y que subiendo por la escalera para su quarto, dixo al testigo, y otros criados: Hijos, encomendadme à Dios, que yo me muero; y que corriò en la casa que estava malo, y con calentura.*

228 Don Iuan de Ledesma y Robles, *Mem. num.* 1087. concuerda en lo mismo.

229 El Padre Fray Iuan de Santo Thoma, testigo presentado por los señores Marqueses, *Mem.num.* 558. declarandose sobre lo que avia dicho en la informacion recibida, sin citacion ante el Teniente de esta Villa de Madrid, *Mem.num.* 557.

230 Don Francisco Garcia de Hoyos, vezino de Toro, testigo asimismo presentado por los señores, *Mem.num.* 567. *Sobre que se le conociò al señor Conde la indisposicion la mañana del Sabado, y el delirio en la tarde de este dia.*

231 Con que carece de controversia, que por los testigos ponderados se pruebe, que al Sabado en la tarde en que se le descubriò al señor Conde el delirio, se anticipò su indisposicion, y calentura, advirtiendole, y reconociendose el Viernes antecedente, ò à lo menos el Sabado por la mañana esta indisposicion sin èl.

232 Lo segundo, porque reconociendo la certidumbre de lo referido los señores Marqueses en dichas sus preguntas, segunda de tenuta, y tercera de propiedad, Fol. 217. B. articularon el principio de la enfermedad del señor Conde, desde el Sabado por la mañana.

233 Lo tercero, porque aunque asimismo articularon el delirio en este tiempo, no ay testigo alguno que le deponga, sino es el Padre Ripalda, que como vnico no deve ser creido.

234 Lo quarto, porque demàs de las tachas que padece este testigo *de quibus infrà*, quando discurramos sobre el contenido de toda su deposi-

cion,el convencimiento en esta parte es evidente,por lo que resulta de lo depuesto sobre ello por vnos,y otros testigos,cuyo copioso, y superior numero supera la fee de lo que depone vn testigo, y le dexa convencido de falso,cum pluribus Farinac.*de testibus,quaest.65.num.5.

235 Y porque asimismo lo es, porque aviendo depuesto, que por aver reconocido que el señor Conde en la mañana del Sabado no hablava à proposito,ni con concierto, dispuso que viniesse luego el Medico, y lo viesse,como lo hizo;y que ordenò que aquella mañana dexasse el passeo del campo,y estuviesse retirado en casa,sin salir à la tarde à las visitas ordinarias de los Cavalleros.

236 Y el Doctor Lazaro de la Fuente supone su visita despues de aver buelto el señor Conde del campo,y no dize cosa alguna sobre aver ordenado que no saliesse à la tarde à las visitas de los Cavalleros.

237 *Vlterius*,porque todos los testigos que quedan referidos, como se reconocerà de sus deposiciones,cõcuerdan asimismo en que saliò aquella mañana de casa,en que entrò en San Ildefonso, donde oyò diferentes Missas,saliò al campo,y se bolviò à recoger con anticipacion no acostumbrada,y como à la tarde asistiò asimismo à las visitas de los Cavalleros: con que evidentemente està convencido el Padre Ripalda en la qualidad de que se reconociò el delirio al señor Conde por la mañana, pues toda la consequencia de aver dispuesto,que por esta causa no saliesse al campo, ni asistiesse à las visitas de los Cavalleros,està desvanecida.

238 *Tùm etiam*,porque no es verosimil,que si el Sabado por la mañana,como supone el Padre Ripalda,se le huviesse reconido al señor Conde el delirio,y desconcierto que refiere, no le huviera advertido la señora Condesa,y los demàs criados,y personas de la casa,y cooperado,y cõcurrido todos con el Padre Ripalda para que se acostasse,y recogiesse, y no saliesse,como lo hizo,al campo,y à las visitas de los Cavalleros.

239 Y porque aunque se podrà dezir,que igual prevencion se deviera aver puesto,aviendole reconocido indispuesto; se responde, y satisface que es diverso el cuydado en que pudiera constituir vn delirio, que qualquiera otra indisposicion,advertida desde del Viernes,y no reparada de calentura,por juizio de los Medicos,hasta q̃ despues del passeo del campo le tomò el pulso el Doctor Lazaro de la Fuente, menospreciando su continuacion por la levidad de ella,ò por la esperança en que à todos nos constituye,y coloca,la propria passion en los principios de vn accidente, para no recelarle congojoso,y de mas de cuidado.

240 *Ex dictis*, queda persuadido con evidencia el principio de la enfermedad de el señor Conde, y con otro principio que el que han supuesto los señores Marqueses con èl.

241 *Videamus nunc*,si desde el Sabado en la tarde en que tuvo principio,se continuò hasta el Miercoles,ò si el Martes en la tarde tuvo remission,è intervalo el delirio.

Este

242 Este intervalo le deponen,y concluyen copioso numero de testigos, y aun con la circunstancia de aver discurrido, en si seria suficiente para la disposicion de las cosas del señor Conde,advertida por el Padre Ripalda,debaxo *de la referida pregunta quarta de tenuta,quarta de propriedad,y quarta en la instancia de el Consejo de las probanças de los señores Duques,Mem.fol.* 321.

243 Don Bernardo Ramirez,*Mem.num.*1047.ibi:*Y el dicho Martes en la tarde,no se acuerda à la hora que era, estuvo sossegado, y quieto por espacio de mas de dos horas,que le asistiò, y estuvo hablando con el testigo.*

244 Don Nicolas de Ontañon,*Mem num.*1050.ibi: *Y el Martes en la tarde,como à las quatro,poco mas,ò menos, sossegò,y aquietò por espacio de mas de dos horas.*

245 El Doctor Francisco de Medina, vno de los Medicos que assistieron al señor Conde en su enfermedad,*Mem num.* 1053. ibi: *Y estuvo de este mismo modo hasta el Martes* 18. *del dicho mes por la tarde, en el qual tiempo el dicho señor Conde en su juizio natural, por espacio de cinco quartos de hora, poco mas, ò menos,en cuyo tiempo se confiriò si seria biẽ recibiesse los Sacramentos; y al Doctor Lazaro de la Fuente le pareciò,que por estar inmediato el crecimiento,no avia lugar bastante para administrarle los Sacramentos, y assi se difiriò para mejor tiempo.* Y repreguntado,en què señales,ò palabras reconociò el testigo aver recobrado su juizio el señor Conde?Respondiò,diziendo, ibi: *Que lo infiriò de verle hablar con los que le assistian,que eran el Doctor Maroja, y el Doctor Lazaro de la Fuente, y con los Pages de su Excelencia, y con el testigo, à cuya causa todos tres Medicos trataron,viendole en su entero juizio de que confessasse,como està dicho, y se retardò por temer el crecimiento inmediato: y que en esta ocasion se acuerda el testigo entraron à ver al señor Conde la señora Condesa su muger, y Doña Iuana de Velasco, Marquesa de Mayrena, y el señor Conde las conociò.*

246 El Doctor Lazaro de la Fuente, Medico como queda propuesto, de los que assistieron al señor Conde en su enfermedad, *Mem.num.*1056. ibi:*Y el Martes en la tarde* 18.*de Iulio,como à las seis de ella, se quietò del delirio, y hablava muy en su juizio, y esto seria por espacio de mas de vna hora; y el Padre Ripalda le apartò al testigo en el aposento del señor Conde, y le preguntò si seria suficiente este lucido intervalo en que se hallava el señor Conde para poder disponer algo de lo que faltava à sus cosas? Y el testigo le respondiò,que era muy corto termino aquel para assegurar semejantes acciones; y assi por entonces no se hizo.*

247 Artus de Roy,*Mem.num.*1059.ibi:*Y se continuò el crecimiento de su enfermedad hasta el Martes en la tarde, que se quietò algo.* Et ibi: *Y como dicho tiene, el dicho Martes en la tarde, no se acuerda à la hora, por auer tanto tiempo que passò, se aquietò como cosa de dos horas, poco mas, ò me-*

menos, y se le mitigò la calentura, y estuuo hablando con la señora Condesa su muger, y con el testigo, y otros criados que alli se hallaron, como eran sus Pages.

248 Simon Rodriguez de Vbierna, *Mem. num.* 1062. ibi: *Y estuuo con alguna inquietud, y muy desganado de comer hasta el Martes en la tarde, que se sossegò, y aquietò por espacio de mas de dos horas, como desde las cinco, poco mas, ò menos, hasta las siete, y en este tiempo estuuo hablando con el Padre Ripalda, y el Doctor Lazaro de la Fuente; y aunque el testigo no se acuerda lo que hablaron, por auer tanto tiempo que passò, tiene por cierto, y sin duda, por auerle visto hablar muy à proposito, y sin desconcierto alguno, que estaua muy en sì: y el Padre Ripalda viendole tan quieto, deseò que dispusiera de sus cosas, y no se acuerda si se lo impidiò el Doctor Lazaro de la Fuente; ò quien mas, de que à cosa de las siete, poco mas, ò menos, le boluiò el crecimiento; y antes de entrarle, reparando su Excelencia en el Doctor Maroja, que estaua alli, dixo: Quien era? y respondiendole que el Doctor Maroja, le dixo: Que se holgaua mucho de verle, por lo que le auia deseado.*

249 Don Diego de Llamacanes, *Mem. num.* 1065. ibi: *Y esto durò hasta el Martes en la tarde, como de las tres y media, hasta las cinco y media, que se sossegò, y quietò, y por espacio de estas dos horas, auiendole sangrado el Domingo, y el Lunes, y hecho los remedios; y viendole assi quieto, y que el Doctor Lazaro de la Fuente dezia no tenia casi calentura, el Padre Ripalda le dixo si podia disponer de sus cosas el señor Conde, y le respondiò que no, què estaua cerca el crecimiento, y que assi no era à proposito hasta experimentar como entraua en èl; y à este tiempo entrò el Doctor Maroja al dormitorio de su Excelencia, que auia venido el dia antes de Valladolid à curarle, y assistirle, y preguntò quien era, y la señora Condesa su muger respondiò, que era el Doctor Maroja; à que dixo, que se holgaua mucho de verle, porque le auia deseado, y le hablò gratamente.*

250 Andrès Dualde, Barbero, sangrador de el señor Conde, *Mem. num.* 1068. ibi: *En quanto à que el señor Conde el dia Martes por la tarde se sossegò, y quietò por espacio de dos horas; y que lo sabe, porque se hallò presente, y le viò hablar con Don Diego Llamacanes, D. Nicolàs de Ontañon, y el Padre Ripalda, con quienes hablaua en la conuersacion que quando estaua bueno; y el dicho Padre Ripalda preguntò al Doctor Lazaro de la Fuente si podia en este tiempo disponer de sus cosas el señor Conde, y le respondiò, que estaua proximo el crecimiento, y que assi no era tiempo.*

251 Fr. Iuan de Iesus Maria, *Mem. num.* 1071. ibi: *Y que el dia Martes 18. de Iulio por la tarde, hasta hora de las tres, poco mas, ò menos, juzgò el testigo auerse recobrado el señor Conde à su juizio; porque hallandose à su cabecera, y assistiendole, boluiò al testigo los ojos, y le dixo las palabras siguientes: Dios guarde à V. Paternidad Padre Prior, Dios guarde à V. Paternidad el fauor que me està haziendo: continuando la conuersacion*

con

con el testigo, y con la señora Condesa su muger, que vino luego. y sus hijos el Marquès de Mayrena, y su muger, y otros criados de su casa, que concurrieron en esta saçon, en lo qual fue recobrando su entero juizio por espacio de hora, y media; y en este tiempo reparò, que llegandose de rodillas el Marquès de Mayrena, le pidiò le echasse la bendicion, y le diesse la mano, la qual estendiò el señor Conde, y el Marquès la besò, conuersando en todo el tiempo que lleua dicho como quando estaua bueno, al parecer de el testigo, y despues le bolviò à repitir el delirio; y lo mismo avia depuesto presentado por los señores Marqueses, *Mem.num.* 548. y en el *num.* 582.

252 Francisco Vallejo, *Mem.num.* 1074. ibi: *Que el señor Conde el Martes en la tarde se sossegò, y quietò por mas de dos horas à el parecer de el testigo; y que lo sabe, porque se hallò presente, y viò que llamò vna vez à Simon Rodriguez, y otra à Iuan Vicente con quietud, y que el Padre Ripalda dixo al Doctor Lazaro de la Fuente si podia disponer de sus cosas; y le respondiò que estaua proximo al crecimiento, y que assi no le parecia à proposito; y que en esta ocasion auiendo reparado en el Doctor Maroja, y diziendole quien era, dixo, que se holgaua mucho por lo que le auia deseado.*

253 Doña Geronima de Mendoça, Camarera que fue de la señora Condesa, *Mem.num.* 1077. ibi: *Que el dicho dia Martes por la tarde se aquietò por mas de dos horas, y le viò quieto, y en su juizio; y que entrando en la ocasion el Marquès de Mareyna, le dixo: Enrique, Enrique, hijo, como estàs? Y al Padre Ripalda le dixo que se sentia mucho mejor; y el Padre Ripalda preguntò al Doctor Lazaro de la Fuente si podia en este tiempo disponer de sus cosas, y respondiò que estaua cerca al crecimiento; y que assi le parecia no se hiziesse por entonces; y tambien dize en esta ocasion el reparo que hizo de Maroja, y lo que le dixo.*

254 Doña Catalina de Olivares, *num.* 1080. depuso lo mismo.

255 Pedro Perez, *num.* 1083. lo mismo.

256 Iuan de Arbizu, *num.* 1086. lo mismo.

257 Don Iuan de Ledesma y Robles, *num.* 1087. lo mismo.

258 Doña Francisca de Cisneros, *num.* 1089. y otros testigos, como se supone en el *Mem.num.* 1085. lo deponen de oìdas.

259 Sin que aya testigo alguno de los presentados por los señores Marqueses, que deponga de forma que pueda ser su deposicion estimable para desvanecer, ò turbar este intervalo de el Martes en la tarde; porque lo mas que se podrà deducir de las deposiciones de los testigos de los señores Marqueses, es vna generalidad de la continuacion del delirio, desde el Sabado en la tarde, hasta el Miercoles, sin dar razon de que se hallaron presentes, y à vista de el señor Conde en el discurso de la tarde de el Martes, ni averle visto, ni reconocido en ella para advertirles sus operaciones, lo qual era necessario que circunscrivieran, y cohartaran los testigos, porque de otra suerte no pueden merecer credito, *arg. text. in l. optimam, § fin. Cod. de*

con-

contrah.empt. vbi DD. *quos citauimus supr.num.* 219. por ser compatible la integridad de el juizio en la tarde de este dia, y horas que expressan los testigos, con el desconcierto de la razon que padeciesse el señor Conde en los antecedentes.

260 Sin que tampoco puedan ser ponderables contra las deposiciones de algunos testigos de los señores Duques algunos leves reparos, que por tales los despreciamos por aora, reservando el satisfacerlos despues de reconocidos sobre lo demàs depuesto por ellos en este juizio.

261 Con q̃ quedamos cõ justà confiança de auer dexado persuadido el principio de la enfermedad de el señor Conde sin delirio, y que en el progresso de ella huvo el intervalo de el Martes en la tarde; que es lo q̃ ofrecimos examinar previamente supr.num. 197.

262 *Et sic*, debaxo de estos dos irrefragables supuestos passarèmos à incluirnos en el discurso pendiente, y ofrecido sobre la capacidad de el señor Conde en el dia Miercoles 19. de el otorgamiento de el poder, examinando, y reconociendo lo articulado, y intentado probar por los señores Marqueses à la quarta pregunta en el juizio de tenuta, y quinta de el de propriedad de su interrogatorio, que es donde se ha colocado el arduo assumpto de la insania, advertidos de que otro tiempo, y dia ninguna probança pudiera ser estimable; *vt fundauimus sup.num.* 189.

263 Lo articulado, *videlicèt*, es lo siguiente:

Quarta pregunta en el juizio de tenuta, y quinta en el de propriedad de los interrogatorios de los señores Marqueses, Mem. fol. 239.

264 *Que aunque el Miercoles siguiente, que se contaron 19. de el dicho mes por la mañana, se suspendiò en alguna manera la violencia de el dicho furor, y se reconociò estar el sugeto de el dicho señor Conde-Duque algo mas sossegado, lo qual durò como dos horas, poco mas, ò menos, aun en el dicho breue tiempo no estuuo libre de el dicho frenesi, y delirio que padecia, ni con su entero juizio, ni le tenia al tiempo que se dize otorgò poder para testar à la dicha señora Condesa-Duquesa su muger; lo qual saben, porque aun al tiempo de el dicho otorgamiento, y antes, y despues en el espacio de la dicha suspension dezia palabras desconcertadas; y hazia acciones con que manifiestamente se reconocia no estaua en su entero juizio; y porque estaua tan grauado de la dicha enfermedad, que sin embargo de tener el cuerpo con muchas fuerças, por ser el sugeto tan robusto, y auer tan pocos dias que estaua enfermo, y no auer sido mas que dos sangrias las que le auian hecho, no pudo firmar el dicho poder por el desconcierto que padecia en la cabeça, que era, y fue desde su principio su vnica enfermedad: y porque auiendo intentado el que firmasse el dicho poder, y querido hazer experiencia primero, ha-*

haziendole firmar en papel blanco; le quitò la pluma de la mano al que la tenia; sin darle lugar à que la mojasse en la tinta; y sin embargo de que le advirtieron que la pluma estava sin tinta, prosiguiò en hazer con ella vnos rasgos encima de el dicho papel blanco, como si con efecto escriviera, y entonces dixo por dos, ò tres vezes: Yo, yo quando estava en Salamanca, yo, yo quando era Rector; y otras razones fuera de proposito, y de el acto que se estava haziendo, que era señal clara de el desconcierto que padecia en la cabeça, y quan desordenadas tenia las potencias de la memoria, y entendimiento, de que no le tenia sano, ni estava en su juizio, lo qual saben por aversе hallado presentes, ò averlo oìdo dezir à los que se hallaron, y aver sido publico, y notorio en la dicha Ciudad de Toro, y por las demàs razones que diràn.

265 Esta ha sido la pauta, y regla que ha devido governar las deposiciones de los testigos de los señores Marqueses, y en su exordio (porque no se ha podido negar) se descubre, y manifiesta el alivio, mejoria, y restituciones que el señor Conde llegò en este dia à posseer; de cuyos efectos *infrà.*

266 Pero à esta regla, que es la prevenida *in iure*, se anticipò la que comunicò el Padre Iuan Martienez de Ripalda, con la deposicion que hizo ante el Teniente de esta Villa de Madrid, de que hemos de tratar, llevandose à la Ciudad de Toro, y manifestandose a otros testigos, como de averla visto, y averseles mostrado lo deponen; no menos que los presentados por los señores Marqueses, como son Don Diego Vazquez de Aldana, *Mem.num.*618.*&* 619. Don Francisco de Victoria, *Mem.num.* 624. *&* 625. y Fray Francisco de la Madre de Dios, *Mem.num.*651. cuya diligencia, si pudo ser, ò no licita en lo legal, lo omitimos por aora; reservandolo à la prudente reflexion de quien deve hazer juizio de ella; no omitiendo lo mucho, que sino infesta, mueve, y compele la poderosa, y eficaz operacion del exemplo, Casiod. *lib.* 1. *var.cap.*4. *& lib.*10.*epist.*13. Quintil. *declam.*3.§.14. Plin. *in Panegyr. de Trajan.cap.*46. P. Torres *lib.* 8. *Philos. Moral, cap.*11. Marquez *lib.* 2. *del Governador Christiano, cap.* 17. *cum pluribus*, D. Solorç. 2. *tom.lib.*1.*cap.*13.*num.*36. *& cap.*26. *à num.* 38. *& lib.*2.*cap.*24.*num.*44.

267 Por esta causa, y aver sido el Padre Iuan Martinez de Ripalda el Architecto de la machina prolixa, y costosa del edificio de esta controversia, y su deposicion dilatado teatro en que han dibujado los señores Marqueses las esperanças de su vencimiento, como potro en que se han agitado los ingenios que han intervenido por vna, y otra defensa; es razon que sea el Padre Ripalda el privilegiado en el examen, y reconocimiento de lo depuesto.

268 Pero antes que nos incluyamos en lo substancial de ello, inquiriendo la forma, y modo con que lo hizo, hallarèmos que solo por esta, sin

otra

otra circunstancia contiene nulidad su deposicion, ha sido desestimable, y no ha podido producir efecto alguno en perjuicio de los señores Duques.

269 Lo primero, porque se recibiò ante vn Teniente de esta Villa, Iuez incompetente para que pudiesse aprovechar sobre sucesion de mayorazgo, que se controvertiò en tenuta en el Consejo, y despues en propiedad en la Chancilleria, à cuyos Tribunales, por la gravedad de estas causas, se reservò el conocimiento por las leyes del Reyno 9. & 10. *tit*. 7. *lib*. 5. *Recop*. y por esto contuvo nulidad, Farinac. *tom*. 1. *praxi*, *quæst*. 80. *n*. 108. Fontanel. *decis*. 181. & 324. *n*. 13.

270 Lo segundo, porque solo dentro de los terminos prescriptos para los juizios referidos, como en los señalados para otros, deviera recibirse, por tener legal resistencia el examen de los testigos antes de la litis contestacion, *cap*. 1. & *tot*. *tit*. *vt lite non contestata*, *cap*. *vet*. *de probationibus*, *leg*. *fin*. *tit*. 11. *l*. 2. *tit*. 16. *part*. 3. communiter DD. *in cap*. *quoniam frequenter*, *d*. *tit*. *vt lite non constat*, Farin. *quæst*. 76. *num*. 1. Mascard. *de probat*. *in præfat*. *quæst*. 5. *num*. 43. Menoch. *de præsumpt*. *lib*. 2. *præsumpt*. 54. *num*. 1. Escob. *de puritat*. *quæst*. 14. §. 1. *num*. 1. Vela *disert*. 7. *num*. 43. Pareja *de instrum*. *adit*. *tit*. 10. *resol*. 4. *num*. 6.

271 Y porque lo referido solo puede dispensarse en casos vrgentissimos, en que puede perecer la verdad sin el antidoto de vna anticipada providencia, *cap*. *quoniam frequenter*, *l*. 2. *tit*. 10. *part*. 3. que figura diversos exemplos, ò el del reo posseedor, que sin agena provocacion no es capaz de deducir su derecho en juizio, de cuya especie es el *cap*. *significavit*, *de testib*. Anton. Gom. 3. *var*. *cap*. 1. *num*. 19. lo qual no ha sido, ni podido ser aplicable en los terminos presentes para el examen intempestivo de este, y otros testigos, sin mas vrgencia, necessidad, y justificacion, que su buen deseo de deponer, vnido, y disfraçado con la artificiosa diligencia ponderada de prendar; quando el Padre Ripalda no indiciado de ausencia, ni de otro reparo, se hallava permanente en el Colegio Imperial de esta Corte, por solicitud de los señores Marqueses de Leganès, donde perseverò hasta su fallecimiento, como resulta de la probança de los señores Marqueses, *Mem*. *ex num*. 941. *vsque ad* 972.

272 Lo tercero, no ignorado por parte legitima el señor Duque de Medina de las Torres para qualquier juizio sobre la sucesion de estos Estados, como publico competidor en las possessiones que ya se avian intentado, y tomado de ellos, quando se recibiò la informacion ante el Teniente, en que depuso el Padre Ripalda con los demàs testigos de ella, aun quando huviesse intervenido justa causa para su admision, y recepcion, deviò hazerse citando al señor Duque, para que pudiera perjudicarle, y ser su prueba proficua al señor Marquès, *ex dict*. *cap*. *quoniam frequenter*, *tenet gloss*. verb. *Citans*, Gail. *observ*. 94. *lib*. 1. Barbosa *in dict*. *cap*. *quoniam frequenter*, Escobar *d*. *cap*. 14. §. 2. *num*. 5. Barbosa *vot*. 126. *n*. 345. Pareja *de edit*. *instrum*. *tit*. 6. *resol*. 8. *à num*. 20.

Por-

273 Porque el testigo examinado sin citacion de la parte interessada, no prueba cosa alguna, y se regula, y concibe como no examinado, por tener derecho la parte para verle jurar, y presentar, *leg. si quando*, 19. *Cod. de testib. cap. 2. de testib. l.* 23. *tit.* 6. *part.* 3. Surd. *decis.* 103. *num.* 2. Mastrill. *lib.* 2. *decis.* 105. Gom. 3. *tom. var. cap.* 12. *num.* 20. *vbi cum pluribus* Ayll. Fontan. *decis.* 183. Caren. *de Offic. Inq.* 3. *part. tit.* 7. *§.* 5. Gonçalez *in reg.* 8. *Cancell. gloss.* 9. *§.* 1. *n.* 48. Paz *de tenut. cap.* 32. *n.* 9.

274 Y aunque el defecto de averse examinado ante litis contestationem, y fuera de los terminos prescriptos del juizio, pudiera subsanarse si en los juizios de tenuta, y propiedad que han precedido se huviera ratificado el Padre Ripalda, cō citacion de el señor Duque; pero no aviendolo hecho etiam que aya fallecido, no merece credito su deposicion, ni es perjudicable, *ex dict. leg. si quando, Cod. de testib.* Paz *in prax. tom.* 1. *part.* 5. *§.* 9. *cap.* 3. Gutierr. *cons.* 1. *num.* 45. D. Valenç. *cons.* 121. *n.* 108. *& seqq.*

275 *Et sic nil interest*, el abono que de su persona articulò, è intentò probar el señor Marquès, porque esto fuera bueno si se huviera examinado con citacion de parte; pero no avrà Autor que diga, que sin ella, con el abono del testigo quede calificada la deposicion que se recibiò, como en los terminos presentes, antes de la litis contestacion, y dispensado vltra del requisito de la ratificacion, el de la citacion de la parte, que es tan preciso; porque solo con ella semejantes informaciones irregulares, aun en los casos vrgentes, y permitidos, pueden perjudicar, y producir algun efecto, Abb. *in cap. significauit, de testib.* & ibi Immol. *num.* 8. Escob. *de puritat. d. cap.* 14. *§.* 3. *num.* 3. ibi: *Sed hoc intelligi oportet, vt dare fidem prædictis testibus examinatis ad perpetuam, ita accipiatur, vt non transgrediatur personas eorum, qui specialiter fuerunt citati, vt adversus alios nullos probent.*

276 Y aunque siendo muchos los testigos examinados sin citacion de parte, sin embargo de ser fallecidos producen algun adminiculo de probança en el sentir de Craveta *cons.* 198. Farin. *num.* 11. *tom.* 1. Gratian. *discept.* 259. *num.* 50. Farin. *dec. Nouis. tom.* 1. *dec.* 454. *num.* 3. Escob. *d. cap.* 14. *§.* 4. *num.* 10. Estos Autores hablan en los terminos de vn examen legitimo con causa, y en el caso de no poder ser citada la parte, ò no conocerla, ni averla legitima para la citacion, como en el de Graciano, en que se examinaron los testigos instrumentales de vn contracto matrimonial ad perpetuam rei memoriam, ò en el de las informaciones, que assimismo se reciben *ad perpetuam* sobre la pureza de sangre, ò nobleza, de que hablò Farinacio, y Escobar.

277 *Et adhuc*, en estos mismos casos en que no interviene parte cierta, y determinada à quien citar, resuelve con muchos fundamentos Escobar, que aunque sean muchos los testigos, no solo no hazen fee, pero ni aun indicio, ni presumpcion, *dict. §.* 4. *num.* 11. ibi: *Sed mihi contraria verior semper visa fuit sententia, vt non solum plenam non efficiant fidem;*

ita examinati testes, quod nemo cor datus hucusque adhuc dubitarit verum, nec inditium, neque minimam præsumptionem.

278 Y si esto procede en los terminos de vn examen legitimo, y con causa, y no compareciendo, ni interviniendo *pro tunc* parte (à quien citar, como cabe què merezca credito la deposicion del Padre Ripalda en perjuizio de los señores Duques, examinado ante Iuez incompetente, antes de la litis contestacion, y terminos prescriptos para los juizios en que se solicitava, y no interviniendo necessidad, vrgencia, ni otro motivo justo! y lo que mas es, menospreciando afectadamente, y preteriendo la citacion de parte conocidamente por legitima, è interessada, como lo era el señor Duque, y lo avian de ser sucessores! Y si huviere *quod dubitamus*, quien cōtra lo referido pretenda persuadir concepto de la deposicion del Padre Ripalda, solo por el abono de su persona, serà por favorecerle, desconocer, y atropellar las mas conocidas reglas de Derecho.

279 *Vlterius*, que aun para este abono irrelevante, è incapaz de suplir los defectos ponderados, y especialmente el de la citaciō, deviera probarse por los señores Marqueses el requisito, y extremo necessario de aver fallecido el Padre Ripalda el dia 13. de Enero de 51. en que se recibiò en tenuta el pleito à prueba para acreditar la impossibilidad de la ratificaciō en el termino de ella, como fundamento de los señores Marqueses, *glos. in leg. sed, & si*, vbi Bart. & communit. DD. *ff. de acq. hær.* Mascard. *de prob. conclus.* 1074. *num.* 1. Farinac. *in fragm.* 2. *part.* verb. *Mors*, *num.* 308. Escob. *de purit.* 1. *part. quæst.* 16. *num.* 13.

280 Y esto no presumptivamente, sino es por verdaderas probanças, siendo el tiempo reciente, Corn. *cons.* 10. *num.* 6. *lib.* 1. Boer. *decis.* 288. *num.* 5. Farin. *vbi prox. num.* 316.

281 Assi lo reconociò el señor Marquès, porque articulò en la 22. pregunta de tenuta, y 23. de propiedad, *de quib. Mem. fol.* 306. el fallecimiento del Padre Ripalda.

282 Pero reconocidos todos los testigos que deponen sobre estas preguntas, no se hallarà que alguno de ellos deponga de dia, ò tiempo cierto de este fallecimiento, estendiendose solo à vnas oìdas, y noticias generales, que no concluyen probança, especialmente siendo el tiempo que devieron concluir la substancia de la deposicion, Ruin. *cons.* 35. *num.* 16. *& cons.* 37. *num.* 5. *lib.* 4. Mascar. *conclus.* 1367. *volum.* 3. Petra *de fideic. quæst.* 12. *num.* 764. Farin. *de oposit. contra test. quæst.* 64. *num.* 75. *& seqq.* Noguer. *alleg.* 26. *ex num.* 100.

283 Y aviendose hecho en Madrid, donde se supone el fallecimiento de el Padre Ripalda en el Colegio Imperial, *miramur*, que pudiendo ser todos los Padres de èl los mejores testigos, *arg. text. in l. ex consensu, §. super plagis, C. de repud. cap. quanto, de præsumpt.* no se ayan examinado, recurriendo à otros medios, que son tanto sospechosos, quāto mas estraños, Curtius Iunior *cons.* 54. *num.* 4. *lib.* 1. Menoch. *cons.* 207. *vol.* 3. Noguer. *d. alleg.* 26. *n.* 128.

El

284 *Et quod magis miramur*, que aviendose articulado por los señores Marqueses en la misma pregunta la particularidad, de que falleciò aviendo recibido los Sacramentos, tampoco los testigos comuniquen el consuelo de la certidumbre de esta circunstancia, deponiendo vnicamente de oìdas vagas sobre ella el Padre Fr. Iuan de Santo Thomas, *num.* 941.

285 *Et quicquid dicant*, los testigos en abono de el Padre Ripalda, lo que ninguno otro en qualquiera juizio ha desmerecido; porque el mas misero delinquente, por la compassion agena, lo ha grangeado; y lo que mas es, lo que devemos reconocer, como reconocemos, con reverencia en las obligaciones de su estado por Religioso, y Sacerdote; *attamen*, por la desgracia de nuestra fragilidad ha podido en su persona obscurecerse la verdad, sin q̃ las calidades de el estado puedan eximir su deposicion de los legitimos reparos que se le opongan; ferè in terminis Altograd. *cons.* 50. *num.* 136. ibi: *Neque obstat quod dicti testes sunt Religiosi, & Capuchini, quia qualitas hæc respicit eorum personas, quæ non supplet defectus quos patiuntur in dictis*, Ciriac. *contr.* 407. *num.* 369. ibi: *Ad authoritatem quatuor testium, Religiosorum impugnantium testamentum. Respondeo, quod præsumptio quæ stat pro viris Religiosis, corruit propter exceptiones contra eorum dicta militantes, ex quibus dicam eos per simplicitatem aberrasse ne me onerem invidia, si dicerem non omnes Religiosos præsumi Sanctum Ioannem Baptistam, vt dictant Rubricæ Decretal. de Clerico percussore, de Clerico excommunicato deposito, vel interdicto, & similibus.*

286 Y antes que en el espejo de su deposicion le hagamos que reconozca los lunares con que turbò el specioso semblante, que por su Religion, y estado se hazia recomendable, le hallamos desfigurado en la boca de Don Alonso Gomez de Mela, Capitan de Coraças de las Guardas de su Magestad, *Mem. num.* 1776. quien despues de aver referido lo que se dirà en su lugar sobre la defensa que hizo el Padre Ripalda de la sana mente del señor Conde, añade: *Que visitò al Padre Ripalda en su celda, &c. y que este le dixo, que despues que muriò el Marquès de Mayrena se acabaron todas las obligaciones à los de aquella casa, y aora nos toca seguir las vanderas de nuestra conveniencia: el señor Marquès de Leganès es primohermano de el Conde mi señor: el Duque de las Torres no es su pariente, es el Cavallero mas desvalido que ay oy en España: el Marquès de Leganès se halla en la voluntad de su Magestad, y en la de el señor Don Luis de Haro, y con mas razon de heredar los Estados de su primo, que no el que no lo es; mi señora se le antojò contra la sangre de su marido dexarle à vn estraño sus Estados; pero yo entiendo que se remediarà. A que el testigo le replicò como dezia aquello, y à què proposito? A que respondiò, que el señor Marquès de Leganès tratava de que fuera nulo el poder que el señor Conde avia dado à la señora Condesa, diziendo, que avia sido con falta de juizio de el señor Conde, y que en buena Theologia le parecia podia dezir qualquiera en este particular, atendiendo al parentesco, y obediencia que el señor Marquès*

de Leganès siempre auia tenido al Conde su señor, la qual no deuia al Duque de las Torres, pues no hizo dexaciõ de los puestos quando se fue à Napoles, auiendole pedido su Excelencia la hiziesse. A que el testigo replicò: Què como, auiendole dicho el mismo Padre Ripalda que su Excelencia estaua en su juizio quando hizo el poder, y con tantas circunstancias, y le dezia aora cosa al contrario, y tan nueua? A que le replicò: Yo no digo en contra de lo que he dicho à V. m. sino aduiertole de lo que puede hazer en conciencia, y en su comodidad, pues el señor Marquès de Leganès cuidarà de ellas, y yo le darè à conocer à V. m. por los de que tan finamente assistieron à el Conde mi señor, y V. m. podrà dezir si se ofreciere, en abono de lo que preguntaren por el señor Marquès de Leganès. Y para q̃ vea V. m. quan invtil es el Duque de las Torres, y quan poco harà por ninguno de nosotros, aunque se hallàra en otra fortuna, yo le escriuì pidiera à N. Preposito General, me diera licencia para estar en Madrid Conuentual, y no lo hizo, y oy no solamente lo conseguirà el señor Marquès de Leganès; pero quedarè en Madrid por orden de su Excelencia en la Suprema. Y admirado el testigo de lo que le dixo, le respondiò: Padre, yo no entiendo mas Theologia que la verdad. Con que se despidiò.

287 Y aunque por los señores Marqueses està tachado este testigo, *Memorial de tachas, num.* 10. no se le ha probado concluyentemente defecto que disminuya su fee, antes bien abonado, *Mem. ex num.* 2004. *vsque ad* 2013. se califica aver vivido exemplarmente muchos años Religioso en la Cartuja, y fallecido en ella, aviendo recibido los Sacramentos con todas señales de predestinacion.

288 No consiguiò por los labios de Don Iuan de Zubiauri, Cavallero del Abito de Santiago, *Memorial de tachas, num.* 1. *fol.* 504. mejor recomendacion el Padre Ripalda, pues dize: *Sabe assimismo el testigo que el Padre Ripalda se valiò de la señora Condesa de Oliuares para que escriuiesse al señor Duque de Medina, que à la sazon se hallaua en Valencia, y le pidiesse solicitasse con el Padre Carrafa, General de la Compañia de Iesus, y tio de el señor Principe de Astillano su hijo, vna patente para que pudiesse viuir en el Colegio de Madrid, y sin embaraço de sus Superiores, respecto de ser de otra Prouincia; y el testigo de orden de dicha señora Condesa escriuiò à dicho señor Duque, y respondiò lo haria. No sabe el testigo si lo executò; pero tiene noticia no tuuo efecto, de que el dicho Padre Ripalda se mostrò con grande sentimiento, y se lo significò al testigo, quexandose de dicho señor Duque de Medina. Sabe mas el testigo, por auerselo oìdo à Rodrigo de Soto, Escriuano de su Magestad, que dicho P. Ripalda, despues de la muerte de la señora Condesa-Duquesa, y de el Marquès de Mayrena, auia intentado con el dicho Rodrigo de Soto formar cierto instrumento perteneciente à estos negocios, anteponiendo la fecha, &c.* Et inferius, ibi: *Y auiendo buelto à Madrid por los fines de Março de el año de 48. à la sazon que ya estauan començados estos pleitos; y entendiendo el testigo que el dicho Padre*

Ri-

Ripalda estuuo de diferente opinion en orden à la entereza, y sanidad de juizio de el dicho señor Conde, visitò al dicho Padre Ripalda, y le reconvino con todo lo que auia passado en esta razon, y lleua declarado el testigo; y que como siendo asi estaua en aquella sazon de diferente sentir: y el dicho Padre Ripalda le respondiò, que entonces auia hablado, y sentido como entonces, y que à la sazon obraua como aora, que la Theologia tenia ensanchas, y opiniones para poderlo hazer; y el testigo le afeò con palabras muy sentidas todo lo referido, y se saliò, &c.

289 Examinado Rodrigo de Soto, en su deposicion, *Mem. num.* 1784. depone lo que refiere averle oìdo Don Iuan de Zubiauri, ibi: *Y el Padre Ripalda à los principios de el año de 48. que no se acuerda por què tiempo fue, le embiò à llamar al testigo estando en el Colegio Imperial de Madrid, y fue à ver q̃ le queria, juzgando era para cosas tocantes à la dicha disposicion; y le dixo estando en su celda por la tarde, como à las quatro, solos, que se auia de otorgar ante el testigo vna escritura, que estaua ordenada de Abogado en papel de el año de 1647. y el testigo le dixo, que la trasladaria en papel de el año de 1648. y no quiso el dicho Padre Ripalda, por dezir estaua en el de 47. y con esto se boluiò el testigo sin otorgarse papel ninguno ante èl, &c.*

290 *Ex quibus*, queda comprobado que el Padre Ripalda por los defectos de su examen, y abono desestimable, y ponderado, no deviera, ni deve incluirse, ni su deposicion, en el numero de los testigos de los señores Marqueses; pero provocados antes de la curiosidad de inquirirla, que movidos de la necessidad, y empeño de desvanecerla, reservando para despues de ella los demàs defectos que se le pueden oponer, entramos à examinarla.

Deposicion del Padre Ripalda.

291 AVnque tan insubstãcial como es el Achiles, debaxo de cuya protecciõ ha militado la defensa del derecho de los señores Marqueses, sin embargo de que propusimos la pregunta del interrogatorio, por lo correspondiente à lo obrado el dia 19. Miercoles, en que se otorgò el poder, y estado de la capacidad de el señor Conde-Duque en este tiempo, para reconocer que es lo que dizen, y como los testigos en èl; al Padre Ripalda no le hemos de contemplar con semejante limitacion, sino es cõ todo lo que depuso, y quiso dezir sin reservacion de cosa alguna, distribuida su deposicion por todas las preguntas del interrogatorio de los señores Marqueses, segun, y como se hallarà en su probança, y se tuvo por conveniente en el memorial para su mejor comprehension.

292 Dize, pues, el Padre Ripalda debaxo de la segunda pregunta de tenuta, y tercera de propiedad, *Mem. fol. 216. B. num. 535. Que conociò al señor Conde-que, y fue su Confessor desde que se retirò de esta Corte à Loeches, hasta que muriò; y en particular le asistiò continuamente el tiempo que*

estuuo en Toro dentro de su misma casa, y fue el primero que conociò su enfermedad, que començò Sabado por la mañana, que se contaron quince de Iulio del año passado de 1645. y durò hasta otro dia Sabado, que se contaron 22. de dicho mes, y año, que muriò el dicho señor Conde, y reconociò este testigo dicha enfermedad por el desconcierto que tenia en la cabeça, mostrandolo en vn rato que aquel dia que le diò el mal por la mañana, se retirò à hablar con este testigo cosas de importancia, en que por las razones que dezia echò de ver que no hablaua à proposito, ni con concierto, por lo qual este testigo dispuso que viniesse luego el Medico, y lo viesse, como lo hizo, el qual ordenò que aquella mañana dexasse el passeo del campo, que acostumbraua hazer, y estuuiesse retirado en casa, sin salir à la tarde à las visitas ordinarias de los Caualleros; y en la misma tarde boluiò el Medico que le assistia, que se llamaua el Doctor Lazaro de la Fuente; y auiendole visto, y tomado el pulso, ordenò que se le echasse vna ayuda, que no quiso recibir, aunque este testigo, y la señora Condesa su muger, su hijo, y criados instaron en ello, y entonces se enfureciò con mucho desconcierto de razones contra todos, de que resultò, que el dicho Medico, y este testigo, y los demàs que se hallaron presentes reconocieron con dichas demonstraciones que el dicho señor Conde-Duque estaua frenetico, y fuera de juizio. Debaxo de la tercera pregunta de tenuta, y quarta de propiedad, *Mem. fol. 226. & num. 573. Que desde el Sabado por la noche, hasta el Miercoles 19. del dicho mes de Iulio estuuo tan frenetico, y furioso el señor Conde; que no le pudieron hazer tomar comida alguna, y medicina que no fuesse con grande violencia, valiendose de quatro criados que le tenian fuertemente los braços, y piernas, y abriendole la boca con mucha fuerça para darle las substancias, y para que no las arrojasse era necessario taparle las narizes, todo con mucha fuerça, y esto durò hasta dicho Miercoles, en el qual por la mañana mostrò algun sossiego, y quietud en la cama, y algun conocimiento de las personas que le assistian, y à cosa de las diez de la mañana comiò con algun reposo; y por esta mejoria, que durò tres horas, poco mas, ò menos, contandose desde las siete, hasta las diez de la mañana que comiò, se tratò de que se le diesse el Viatico, y otorgasse el poder para testar.* Debaxo de la quarta pregunta en el juizio de tenuta, y quinta en el de propriedad, *Mem. fol. 231. & num. 596. Que dize lo que dicho tiene en la segunda pregunta acerca de la mejoria que mostrò el dicho señor Conde-Duque en su enfermedad el dia Miercoles por la mañana quando se hizieron las diligencias que lleua dichas, y refiere la pregunta; pero que no obstante esta mejoria, juzgò el testigo que el dicho señor Conde no llegò à cobrar el juizio necessario para poder otorgar el poder para testar que se hizo aquella mañana, ni nombrar heredero, y que ninguna persona pudo hazer este juizio como el testigo, porque solo èl le hablò aquella mañana à solas dos vezes en materias graues, y de importancia, que pedian entero juizio; y aunque no puede dezir todo el desorden que conociò en esta ocasion para hazer el juizio referido, le parece que basta declarar, que*

avien-

aviendole preguntado *si tenia hecho algun testamento, le respondiò que no tenia hecho ninguno, siendo assi que le tenia otorgado el año de 1642.* y preguntandole *si queria recibir el Viatico, dixo, que por què no le auia de recibir, pues el dia antecedente, y los demàs lo auia recibido, siendo assi q̃ desde el Domingo antecedente al dicho Miercoles no le auia recibido dia alguno; y porque auiendole dicho claramente el peligro grande de su vida, y las pocas esperanças de ella para que se aprouechasse del poco tiempo que le restaua, el dicho señor Conde-Duque, no le mudò, ni alterò esta nueua, antes se quedò riyendo, siendo assi que en su natural estado, y juizio le alteraua qualquier achaque, y temor de la muerte; y por estas razones que lleua declaradas, y por las que no puede dezir, que fueran mas principales, y las que contendràn las demàs preguntas sobre que ha de declarar, està firme el testigo en juzgar que el dicho señor Conde-Duque en la ocasion del otorgamiento del dicho poder para testar, no tenia sano, ni entero juizio; y el auer en este estado dadosele al señor Conde el Viatico, lo remitiò el testigo al juizio del Cura que se le diò, à que no hizo oposicion el testigo, valiendose de las doctrinas mas fauorables en la Theologia, y beneficio del alma.* Debaxo de la quinta preguñta de tenuta, y sexta de propiedad, *Mem. fol. 257. & num. 776. Que dize lo que dicho tiene en la pregunta antes de esta, y que la dicha mañana del Miercoles quando se otorgò el dicho poder, la accion ordinaria con que recibia dicho señor Conde à sus criados, y personas que le hablauan era con risa: accion muy contraria à su natural quando estaua en su entero juizio.* Debaxo de la sexta pregunta de tenuta, y septima de propiedad, *Mem. fol. 260. & num. 697. Que el dicho señor Conde en medio de su delirio, y desconcierto de cabeça, que era notorio à todos los que le assistian, solia dezir algunos Psalmos, y deuociones que tenia costumbre rezar; y en esta misma ocasion se mostraua furioso, porque los criados no rezauan, nombrando algunos que le assistian, entendiendo que estauan presentes, y mezclãdo razones desordenadas, por las quales todos los que le veian juzgauan estaua fuera de capacidad.* Debaxo de la novena pregunta de tenura, y dezima de propriedad, *Mem. fol. 266. & num. 741. Que corriò voz publica en casa del dicho señor Conde que no tenia hecho testamento, y que si no lo hazia, ò daua poder para ello, quedauan su hijo, y nuera desacomodados, y lo mismo la señora Condesa; por lo qual los criados, y gente de casa se mostrauan compassiuos, y deseosos de que huuiesse disposicion, y modo de testamento, con que sus amos se consolassen.* Debaxo de la duodezima pregunta de tenuta, y dezimatercia de propriedad, *Mem. fol. 272. B. & num. 792. Que auiendole preguntado al señor Conde-Duque el Escriuano que llegò para tratar el otorgamiento de el poder para testar referido en las preguntas antes de esta quien queria que fuesse su heredero, y à quien queria dar el poder para testar, no saliò del dicho señor Conde à nombrarle hasta que el dicho Escriuano le nombrò à la señora Condesa su muger, que entonces dixo que si; y lo mismo sucediò para nombrar testamentarios, nombran-*

brandolos todos ellos por sus nombres, sin que el dicho señor Conde por sì nombrasse à ninguno de ellos, ni à otro mas de los que el Escrivano, y los circunstantes le iban proponiendo, y à todo respondia que sì. Debaxo de la dezimasexta pregunta de tenuta, y dezimaseptima de propriedad, *Fol.* 281. *& num.* 843. *Que algunos de los testigos que han dicho en la informacion sobre la validacion del poder de Toro, han estado, y estàn con escrupulo de lo que entonces depusieron, y con deseo de hallar modo para descargar su conciencia sin riesgo, y lo sabe el testigo, porque algunos de ellos se lo han comunicado.* Debaxo de la dezimaseptima pregunta de tenuta, y dezimaoctava de la propriedad, *Fol.* 282. *num.* 849. *Que luego que muriò dicho señor Conde para ocurrir à la dificultad que se podia ofrecer sobre el valor del dicho poder à pedimento de la señora Condesa, que quedaua por heredera, se hizo informaciõ en la dicha Ciudad de Toro para aueriguar estaua con juizio el señor Conde quando le otorgò, y esto se hizo con todo cuidado, y preuencion de empeñar à todos los criados de importancia, para q̃ despues no dixessen lo contrario. Y assimismo sabe que la dicha señora Condesa escrupulosa del caso escriviò al Escrivano vn papel para que no acabasse la informacion, aunque llegò tarde; y que despues estando en Loeches intentò que dicha informacion se la entregasse el Escrivano para quemarla, y para esto se embiò à llamar desde Loeches, y vino desde Toro à dicha Villa, y alli le descubriò su animo, y le hizo muchas instancias en presencia del testigo para que le entregasse dicha informaciõ, el qual dixo que no la traia; y despues la dicha señora Condesa bolviò à insistir en la misma diligencia, embiando à Don Diego de Araque su Capellan à Toro, y por no averla traido embiò en persona al Marquès de Mayrena por ella; y de todas estas diligencias tiene particular noticia el testigo, por aver concurrido à ellas por el escrupulo de dicha señora Condesa, y sabe que el hazer la dicha señora Condesa dichas diligencias, era solo en orden à que valiesse la disposicion, y testamento de dicho señor Conde-Duque su marido del año de 1642. Y sabe el testigo que con este deseo, y por el escrupulo referido de la otra disposicion de Toro, puso en vn codicilo que otorgò al tiẽpo de su muerte vna clausula, en que declara el dicho testamento del año de 42. que avia hallado entre los papeles del dicho señor Conde su marido, y mandò se llevasse al Consejo, y que por su mandado se abriesse por las dudas legitimas que podia aver del valor del poder otorgado en Toro; y demàs à mas le diò licencia al testigo para que declarasse su sentimiento, sobre que el dicho señor Conde su marido no estava en su entero juizio quando se puso el otorgamiento del poder en Toro.* Hucusque el Padre Ripalda.

293 En esta deposicion el Padre Ripalda supone al señor Conde insano, y delirante desde el dia en que le diò la enfermedad, hasta el de su fallecimiento, y el dia Miercoles 19. en que se otorgò el poder, y dexandole convencido con lo fundado *suprà ex num.* 234. *& ex num.* 242. donde persuadimos aver antecedido al delirio la indisposicion, y calẽtura, y aver lo-

logrado la intermisſion,è intervalo del Martes en la tarde; por averlo negado,ò no reconocido, *videamus quomodo* en eſte dia del Miercoles el Padre Ripalda perſuade la inſania que ſupone en èl,como en todos, por deverlo hazer de eſte tiempo,para que ſea nulo el poder otorgado en èl, *vt fundauimus ſupr.num.* 189.

294 No baſta para perſuadirlo el que aſsi lo juzgaſſe como depone; ibi: *Iuzgò el teſtigo, &c.* ibi: *Eſtà firme en juzgar*, porque à todos los que deponen con ſemejante forma no ſe les difiere, por no ſer del oficio del teſtigo el deponer judicando,para que ſe les dè credito,y es neceſſario que dèn razon de ſu depoſicion,y por actos externos, *leg. ſolam, C. de teſtib. gloſſ. in l. teſtium, ff. de teſtib.* Bald. *in leg. ſiue poſsidetis, C. de probat.* Socin. *conſ.* 42. *num.* 4. Tuſch. *litt. F. concluſ.* 142. *num.* 27. & 29. Alexan. *conſ.* 86. *lib.* 3. Boer. *deciſ.* 23. *num.* 43. Menoch. *conſ.* 82. *num.* 202. Gomez 3. *var. cap.* 12. *num.* 9. *in medio, & num.* 10. vbi Ayllon cum pluribus Caldas *conſ.* 24. *num.* 25. Magon. *deciſ.* 97. *num.* 14. Farinac. verb. *Furor, num.* 299. Peña *deciſ.* 259. *num.* 4. Cancer. *tom.* 1. *cap.* 14. *n.* 138.

295 Reconociendolo aſsi el Padre Ripalda, propone debaxo de la pregunta quarta de tenuta,y quinta de propiedad ſobre que vamos diſcurriendo, *Mem. num.* 596. las razones de ſu concepto, y por ellas ſe deſcubrirà el mal formado juizio que hizo del ageno, y quan deſpreciable es ſu teſtimonio,deſnudo de los apoyos de la razon,y veſtido,y compueſto ſolo de ſu apaſsionado dictamen,y viciada voluntad.

296 La primera que propuſo ſe reduce, à que preguntado el ſeñor Conde,ſi tenia hecho algun teſtamento,le reſpondiò: *Que no tenia hecho ninguno, ſiendo aſsi que le tenia otorgado en el año de* 42.

297 En eſta reſpueſta,y razon es vnico el Padre Ripalda,y aſsi no deve ſer creìdo, *dict. cap. in omni negotio, de teſtibus*; pero para que ſe conozca ſu temeridad,y ſea evidente ſu convencimiento,hagaſe reflexion ſobre que el teſtamento otorgado por el ſeñor Conde en el año de 42. ſe deſcubriò en la Villa de Loeches en vn cofre entre otros papeles,adquiriendoſe ſu noticia,ſegun ſe ſupone, con la ocaſion de la minuta que dixo el Secretario Antonio Carnero parava en ſu poder, reconociendolo aſsi el Padre Ripalda,como parece todo de el Memorial, *num.* 104. y 921. & *num.* y en otras muchas partes de èl: luego ſi deſpues de la muerte ſe ignorava por el Padre Ripalda eſte teſtamento,mal pudo conocer,y diſcernir que el ſeñor Conde carecia de la integridad de ſu juizio al tiempo de reſponderle à la pregunta,que ſe afecta, & per conſequenses deſpreciable la razon que ha dado ſobre la mal ideada reſpueſta, ibi: *Siendo aſsi que le tenia otorgado en el año de* 42. porque de èl por entonces como ignorado, no pudo formar eſte concepto,y deducirle deſpues que que ſe deſcubriò el teſtamento, demàs de no hazerſe aſsi por el Padre Ripalda, deponiendo, como lo haze,con relacion,y reflexion al tiempo de ſu pregunta, ſe conoce ſu convencimiento,y que ella,y la reſpueſta ſe han ſimulado por el Padre Ripal-

da, no para concluir furor, que no persuaden, sino para ocasionar à los señores Marqueses la defensa que no es de este medio sobre si el poder se otorgò, es falsa causa, la qual llevarà su satisfaccion en la parte que le corresponda.

298 *Sed dato, & non concesso*, que esta respuesta fuesse cierta, è indemne de el convencimiento expressado, no puede tener apoyo en la disposicion de derecho que sea inductiva de furor, è insania, porque para calificarle era preciso que la respuesta fuesse agena, y estraña de persona cuerda, y solo conveniente à quien padeciesse desconcierto en la razon, *vt fundauimus supr. num.* 187. y el señor Conde, ò pudo disimular el testamento que precedentemente tenia otorgado para que no desmayasse la vigilancia en la prevencion del posterior que apetecia, ò por que teniendole sepultado, como le tuvo, en el sepulcro del desprecio, según la forma, y modo con que se descubriò, se quiso explicar como quien concebia, que lo mismo era no averle hecho, ni otorgado, que no perseverar en la voluntad de su contenido, ò por que (*pro tunc*) y al tiempo de la pregunta no se le ocurriò sin otra advertencia que se hallava en estado de satisfacer con reflexion à esta que el Padre Ripalda concibe por singular importancia, sin que vltimamente la diminucion de la memoria, que en esto repara la suma delicadeza del Padre Ripalda para desempeño de su temerario cōcepto en lo que juzgò, y que dixo *juzgaua firmemente*, pueda comunicarsele teniendo las satisfacciones ponderadas.

299 *Vlterius*, porque es compatible alguna diminucion en la memoria, especialmente en la congoxa de vna enfermedad con la integridad de la razon, *l. hac consultissima, Cod. qui testam. fac. poss.* ibi: *At cum humana fragilitas, mortis præcipuè cogitatione perturbata, minus memoria possit res plures consequi*, Menoch. *de præsumpt. præsumpt.* 45. *num.* 30. ibi: *Memoria imbecillitas non infert ad intellectus defectum*, Mantic. *lib.* 2. *tit.* 5. *num.* 13. Mascar. *conclus.* 503. *num.* 7. Farin. *in fragm.* verb. *Furoris signa, num.* 245. *cum sequentib.* D. Valençuel. *cons.* 90. *à num.* 159. Paul. Zacch. *quæst. Med. leg. lib.* 2. *tit.* 1. *quæst.* 7. *num.* 42. refiriendo las autoridades de Galeno, y de todos los Medicos, teniendo solo falencia en el caso de estar *pœnitùs* perdida la memoria, lo qual no podrà ser aplicable al señor Conde, por las muchas operaciones que se le reconocieron, hijas de la suya.

300 La segunda, que preguntado si queria recibir el Viatico, avia respondido el señor Conde, *que por què no le auia de recibir, pues el dia antecedente, y los demàs le auia recibido?* siendo asi, como supone el Padre Ripalda, *que desde el Domingo antecedente al dicho Miercoles no le auia recibido.* En cuya respuesta, que tampoco deve ser creido como vnico, y à que asimismo quando *sine veri praiuditio*, fuesse cierta, conviene lo ponderado sobre la diminucion de la memoria, que supone, no avrà quien conciba el menor indicio de furor, ni estrañeza de lo correspondiente à

qual-

qualquiera persona de cabal juizio, y maduro acuerdo; conformandose con todo lo que devia como tan Catolico, y buen Christiano, con reminiscencia del acto que avia frequentado por serlo, sin que el averla hecho sobre el dia antecedente se diga, sino es con temeridad, que fue sintiendo del immediato; pues en otro qualquiera de los que proximamente avian passado se verifica la satisfaccion, siendo innegable que el Sabado por la mañana avia confessado, y comulgado, como lo deponen Artus de Roy, *Memor. num.* 1059. Don Diego Llamacares; *Mem. num.* 1055. Doña Francisca de Cisneros; *num.* 1089. Don Christoval de Ontañon, *num.* 1091.

301 Y que el Domingo siguiente anterior al Miercoles, en que el Padre Ripalda supone que lo avia executado, no lo pudiesse hazer, *patet* por lo mismo que acaba de referir de estar posseìdo de el furor desde el dicho dia Sabado, en que se comprehende el dicho Domingo, con privacion de la cabeça para semejante acto, sobre la tercera pregunta de tenuta, y quarta de propriedad, *num.* 573. ibi: *Que desde el Sabado por la noche, hasta el Miercoles diez y nueve de el dicho mes de Iulio, estuvo tan frenetico, &c.* de que se deduce que el Padre Ripalda es el verdadero delirante por mas desmemoriado que el señor Conde, y por opuesto, y assimismo contrario, para que se desestime, y carezca de credito su deposicion, *l.* 41. *tit.* 16. *part.* 3. *& l.* 28. *eod.* Covarr. *lib.* 2. *var. cap.* 13. *num.* 7. 8. *&* 9. *& in cap. quamvis, §.* 7. *num.* 8. *de pactis, in* 6. Ruin. *part.* 5. *collact.* 1581. Ciriac. *contros.* 250. Escobar *de purit. quæst.* 14. *§.* 4. *num.* 41.

302 La tercera razon que propone, y pondera, es, en que aviendole dicho claramente el peligro grande de su vida, y las pocas esperanças de ella para que se aprovechasse de el poco tiempo que le restava, *el dicho señor Conde-Duque no le mudò, ni alterò el semblante esta nueva, antes se quedò riyendo, siendo assi que en su natural estado, y juizio le alterava qualquier achaque, y temor de la muerte.*

303 Quando lo referido tuviera comprobacion, que negamos, porque el Doctor Maroja, aunque dize algo de la risa, no percute este tiempo, ni acto (siendo indispensable por cosa substancial, *vt fundauimus suprà num.* 282.) como ponderarèmos en el discurso sobre su deposicion, quien sino el buen deseo de el Padre Ripalda, olvidado de los documentos de la obligacion de su estado, ha regulado por demencia la conformidad christiana; y aunque es natural el horror al sepulcro, tambien es hija de el conocimiento, y de vn verdadero desengaño esta conformidad. El señor Conde-Deque tuvo mas copiosa materia para conseguirle, los motivos de ella, y su ancianidad le avian anticipado la memoria de la muerte, y como dixo S. Gregor. homil. 35. in Evangel. *Minus enim iacula feriunt, quæ prauidentur.* Y Seneca epist. 30. *Mortem venientem nemo hilarem excipit, nisi qui sese ad illam duc composuerat*; y en su gran comprehension, y juizio sobre las experiencias de la inconstancia de las cosas de esta

vida para alboroçarse en las orillas, y margenes de la muerte, tendria muy presente lo de el Eclesiast. 72. *Melius est dies mortis die natiuitatis*; y para persuadirse à las mejoradas conveniencias de otra esfera, lo de Iob 3. 21. *Quasi efodientes thesaurum, gaudemque vehementer cum invenerint sepulchrum.* Con estas consideraciones, y otras, que para despojarnos de los afectos de la vitalidad, juntò D. Diego de Saavedra, oygamosle, empressa 101. ibi: *No sè qual es mas feliz hora, ò aquella en quien se abren los ojos al dia de la vida, ò esta en quien se cierran à la noche de la muerte, porque la vna es principio, y la otra fin de los trabajos; y aunque es notable la diferencia de el ser al no ser, puede sentirlo la materia, no la forma de hombre, que es inmortal, y se mejora con la muerte, &c.*

304 La quarta razon que el Padre Ripalda explicò, fue, *Que la dicha mañana de el dia Miercoles quando se otorgò el dicho poder, la accion ordinaria con que recibia el dicho señor Conde à sus criados, y personas que le hablauan, era con risa: accion muy contraria à su natural quando estaua en su entero juizio.* Pero como el Padre Ripalda se hallava escaso, y parco de razones para persuadir la insania, no hallando su idea sin gran riesgo de mayor convencimiento, otras que suponer, y figurar, recuriò al ancora miserable de la repeticion, pues en esta razon no adelanta otra cosa de lo que incluye la antecedente sobre la risa de el señor Conde, y solo se le añade el retoque, *deseracion ordinaria con que recibia los criados*, para desvanecer con la frequencia la debilidad, que por accidente podia tener sin semejante circunstancia.

305 *Sed vltrà* de lo ponderado en el *num.* 303. para convencerla, y reservando para lo especifico de los actos: las lagrimas que vertiò el señor Conde en este dia, distribuyendo con la integridad de su juizio las demonstraciones à medida de las ocurrencias, acordarèmos al Padre Ripalda lo que sobre *la 16. pregunta de tenuta, y 14. de propiedad, y 14. en la instancia del Consejo, Mem. fol.* 439. han probado los señores Duques con copioso numero de testigos sobre el alboroço de la familia, y demàs personas que celebraron en aquel dia el alivio de el señor Conde, correspondiendo su Excelencia à este obsequio con la congratulacion que pedia su cariño, dando la mano à los que se la pedian para besarsela, y retirãdola de los Eclesiasticos, echandoles los braços con el respecto devido à la advertencia de su estado, mezclandose en esto el Padre Ripalda, aviendole dicho el señor Conde: *Gran dia Padre Ripalda, gran dia.* A que le respondiò: *Si por cierto, señor, muchas gracias deue dar V. Excelencia à Dios*, como lo depone Don Nicolàs de Ontañon, *Mem. num.* 1635. y otros muchos testigos, con el comun contento debaxo de las preguntas referidas: *ex quo*, y con tan justa causa, *quòd mirum* que el señor Conde manifestasse alguna alegria, y que deva tenerse por indemne de la demencia en que el Padre Ripalda la coloca por su temeridad, y malicia.

306 *Tùm etiam*, porque la manifestacion de esta alegria en la melan-

lancolica ocasion de la muerte; no ha sido argumento de furor; como lo defendieron diferentes Autores por el que dispuso que nadie le llorasse, ni en su fallecimiento se enlutara, sino que todos los que acompañassen su entierro lo hiziessen vestidos de gala, cantando con varios instrumentos *Gloria in excelsis Deo*, Roman. *in l.1. de verb. obligat. num.19.* Castro *in l. quidam, in suo testam. ff. de cond. & demonstr.* Menoch. *lib.6. præsumpt.45. à num.41. qui alios refert.*

306 Declarando el mismo testador la razon que tenia para manifestar aquella alegria, y jubilo, con las elegantes palabras q̃ refiere Menoch. *supr. num.43. Cur lætus non discedam cum ad illud diuinorum animorum Concilium cœtumque proficiscar*, de donde Farin. verb. *Furor, num.251.* dixo: *Ob melioris vitæ ingressum signa lætitiæ ostendere sanæ mentis est.*

307 La quinta, y vltima razon deduce el Padre Ripalda de lo que ha expressado debaxo *de la 12. pregunta de tenuta, y 13. de propriedad*, de q̃ aviendo preguntado al señor Conde-Duque el Escrivano, que llegò para tratar de el otorgamiento del poder para testar, referido en las preguntas antes de esta; quien queria q̃ fuesse su heredero, y à quien queria dar el poder para testar; *no saliò de dicho señor Conde à nombrarle, hasta que el dicho Escrivano le nombrò à la señora Condesa su muger, que entonces dixo que si: y lo mismo sucediò para nombrar testamentarios, nombrandolos todos ellos por sus nombres, sin que el dicho señor Conde por sì nombrasse à ninguno de ellos, ni à otro, mas de los que el Escrivano, y los circunstantes le iban, y proponiendo, y à todo respondia que si.*

308 Quando lo referido no padeciesse el convencimiento que ponderarèmos, siendo en ello tan temerario, como singular el Padre Ripalda, acabò de descubrir la carencia de razones con que su sinrazon en la referida conspirò contra la sana mente de el señor Conde; pues suponiendole en vn continuado silencio, solo le confiessa vn *Si* para todo lo que se le pre-preguntava por argumento del furor, que le fingia.

309 Que semejante respuesta no sea inductiva de furor, sobre persuadirlo la calidad de equivoca, no pronunciada fuera de proposito, *vt diximus supr. num.191.* lo prueba Sessè en la *decis.56. num.37.* ibi: *Quibus responsum testator præbuit dicens: Si señor*; Y sin embargo de tan limitada respuesta, y ser el testamento de que en dicha decision se tratava otorgado ad interrogationem; y por vn testador, que anteriormente tenia otorgado otro testamento con suma deliberacion, y posseìdo de vn frenesi en los dias antecedentes, y proximos al de el otorgamiento de el segundo testamento, y que le sobrevino el furor antes de poder firmarle, se decidiò en aquel caso que el primero testamento quedava revocado, y valido, y firme el segundo.

310 Y el Cardenal Luca en el *discurs.39.* sin embargo assimismo de aver respondido vn testador *per verbum sic, y ad interrogationem*, como lo propone en el *num.4.* è intervenir muy relevantes circunstancias

contra la integridad de el juizio del testador por otras que pondera, defendiò constantemente la validacion de el testamento; sobre que formò el discurso citado.

311 No pudiendo el motivo referido serlo estimable para la supuesta demencia; no ha quedado sin fruto comunicando con èl el Padre Ripalda la ocasion de otras defensas para el señor Marquès, formandolas contra el Escrivano, y moviendo las questiones del testamento *ad interrogationem* sobre que se ha consumido el tiempo, y el trabajo viciosamente; en que no nos mezclamos por aora, por estar reservado para otro lugar su examen, y satisfaccion de lo opuesto sobre lo referido, explicando la verdadera inteligencia de la *glos. in l. iubemus*, verb. *Quemadmodum, Cod. de testib.* con los Autores que tratan de su materia; que es la correspondiente à este punto.

312 *Attamen*, lo que no devemos omitir para convencimiento de esta vltima razon, expressada por el Padre Ripalda para persuadir el delirio, suponiendo que dixo vnicamente *de si* à la proposicion de heredera, y testamentarios, aviendoselos propuesto al señor Conde, sin q̃ por su persona los nombrasse, ni hablasse otra palabra: lo que los señores Duques tienen probado con copioso numero de testigos, debaxo *de la octaua pregunta de tenuta, octaua de la propriedad*, y *octaua de la instancia de el Consejo*, *Mem. fol.* 355. *B.* y hallarèmos, que aviendo entrado el Escrivano le dixo el señor Conde, *que fuesse bien venido*; que dicho Escrivano le preguntò: Quiere V. Excelencia otorgar testamento? Y le respondiò el señor Conde, *que no podia, por la grauedad del achaque, y que queria otorgar poder*: y que al dezir dicho Escrivano à quien quiere V. Excelencia dexar por heredero, respondiò, *A la Condesa mi muger*; y adonde queria enterrarse, *En mi Convento de Loeches*; y à quien por albaceas, respondiò assimismo: *A la Condesa, y al Cardenal mi señor*; y repreguntado que Cardenal, añadiò, *de Borja*; y fue nombrando à todos los demàs testamentarios, y entre estos al señor Duque de Medina de las Torres, con la especial qualidad *de mi hijo*; y al señor Don Luis de Haro con la *de mi sobrino.*

313 Y si lo referido no bastasse para el convencimiento de el Padre Ripalda, inquiramosle en el complice de la imputacion de esta demencia, que lo es el Doctor Maroja. No dize Ripalda que Benavides fue el que propuso al señor Conde si queria dexar por heredera à la señora Condesa, y que el señor Conde solo respondiò, *Si*? Pues oygamos al Doctor Maroja, *Mem. num.* 773. ibi: *Sabe que al tiempo que el dicho señor Conde-Duque estuuo algo mas quieto que los dias antecedentes dicho Escriuano preguntò à dicho señor Conde-Duque si queria otorgar testamento, y el señor Conde respondiò, que no estaua para ello.* A lo qual el dicho Escrivano replicò, diziendo, con que V. Excelencia otorgue vn poder para hazerle, bastarà. Y preguntando el dicho Escrivano al dicho señor Conde-Duque si le queria otorgar, respondiò *Que si*; y entonces el dicho

Es-

Escrivano advirtiò al dicho señor Conde-Duque que eran menester tres cosas para que fuesse valido, que era nombrar testamentarios, sepultura, y heredero. Y preguntando el dicho Escrivano al señor Conde-Duque à quien nombrava por testamentario, respondiò el dicho señor Conde-Duque: *A la Condesa.* Y preguntandole el dicho Escrivano à quien queria dexar por heredero, respondiò: *A la Condesa.* Y preguntando el dicho Escrivano al dicho señor Conde-Duque donde queria enterrarse, respondiò, *Que en su Convento de Loeches*: Luego quando no tuvieramos el convencimiento que han comunicado los testigos de los señores Duques, le perficionò, y concluyò el Doctor Maroja, que lo ha sido, y no poco favorable à los señores Marqueses; descubriendo en esta parte su deposicion que no contuvo verdad la de el Padre Ripalda en aver depuesto, y supuesto, que à todo lo que se le proponia, y preguntava al señor Conde solo respondia *de si.*

314 Sobre lo depuesto debaxo de la sexta pregunta de tenuta, y septima de propriedad, novena de tenuta, y dezima de propriedad, dezimasexta de tenuta, y dezimaseptima de propriedad, dezimaseptima de tenuta, y dezimaoctava de la propriedad, que queda expressado *supr. n.* 299. no pausamos, ni formamos discurso especial por aora, por no contener acto alguno de el señor Conde en el dia Miercoles, de que pueda inferirse su integra capacidad, ò insania, y depender lo contenido debaxo de estas preguntas, como dixo Menoch. *lib. 6. præsumpt.* 45. *num.* 28. *& num.* 46. *Non à propria persona eius qui creditur furiosus, sed à gestis aliorum.* Como el que corriò voz en la casa de que el señor Conde no tenia hecho testamento, y que los criados deseavan le otorgasse; como el que algunos testigos, como supone el Padre Ripalda, estuviessen con escrupulo de lo que depusieron en la informacion de Toro; y que las diligencias que hizo la señora Condesa para recogerla, fue por el que formò, y que quiso mediante èl, que valiesse el testamento de el año de 42. disponiendo vn codicilo para este efecto, y que diò licencia al Padre Ripalda sobre que declarasse su sentimiento en razon de no aver estado en su sano juizio el señor Conde. Todo lo qual queda reservado para adelante, deviendo en el interim que llega el caso de su satisfaccion, donde mas propriamente corresponde advertir la desestimacion que merece, por ser en lo mas de ello vnico el Padre Ripalda, *dict. cap. in omni negotio, de testib.*

315 *Ex dictis*, no solo quedan convencidas de insuficientes las razones que expressò el Padre Ripalda para persuadir la demencia que concibiò, sino es de inciertas, pues sobre todas deponen lo contrario excessivo numero de testigos, como queda advertido, siendo constante que con dos que contesten en vna cosa, queda otro que ha referido lo opuesto, notado de falso, Aretin. *cons.* 71. Iul. Clar. *§. falsum*, vers. *Conuincitur etiam testis de falso*, Bos. *tit. de fals. num.* 24. *& tit. de tortura, num.* 35.

316 Y para que careciera de credito la deposicion de el Padre Ripal-

da, no era necessario que el convencimiento huviesse sido tan pleno en todas las razones que dictò su arbitrio, pues bastava que se le huviesse convencido en alguna parte de lo q̃ expressò su arrojo, por ser la fee de el testigo individua, *Et sic conuictus in vno, non creditur in alio, cap. si ad scripturas, 7. dist. 9. cap. pura, quæst. 9. l. qui falsa, de testibus, l. 41. ad fin. tit. 16. part. 3.* Farin. *de testib. quæst. 66. num.* 13. Noguer. *allegat.* 12. *num.* 168. Narbon. *in l. 30. glos. vnic. n. 24. tit. 7. lib. 1. Recop.* Escob. *de purit.* 1. *part. quæst.* 13. *§. 3. num.* 24. Barbos. *cum plurib. in dict. cap. pura.*

317 Hemos discurrido hasta aora sobre la deposicion de el Padre Ripalda, examinado, aunque nulamente, como testigo, y no devemos olvidar su reconocimiento indemne, y libre de esta prenda, y de los respetos humanos, de que por su confession pudo ser posseìdo, como adelante se dirà, y en la pureça de su estado, como Religioso, y como Confessor, de sus obligaciones, encargos, y ministerio deliberadamente advertido.

318 El Padre Ripalda reconociendo la sana mente de el señor Conde el dia Miercoles, aunque con la renuencia que incluye la limitada explicacion de vn alivio, y mejoria; que no pudo negar; en los empeños de Confessor, Medico espiritual, y Ministro de la conciencia de el señor Conde; fue quien convino, y concordò en la junta que hizieron los Medicos à las seis de la mañana en que dispusiesse sus cosas, y recibiesse los Sacramentos, por hallarse el señor Conde con capacidad; de cuya junta, y resolucion deponen copioso numero de testigos debaxo *de la pregunta septima de tenuta, y septima de la propriedad, y septima de la instancia de el Consejo de la probança de los señores Duques, Mem. fol.* 347. *B.*

319 En consequencia de este conocimiento, y resolucion, fue assimismo el Padre Ripalda quien confessò al señor Conde; de cuyo acto, y de aver visto despojar el dormitorio para ello, depusieron Don Diego de Llamacares, *Mem. num.* 1230. y debaxo *de la pregunta duodezima de tenuta, dezima de la propriedad, y dezima en la instancia de el Consejo de las probanças de los señores Duques, Memorial fol.* 418. Don Bartolomè del Castillo, *num.* 1477. Domingo de Miera Cevallos, *num.* 1481. Doña Geronima de Mendoça, *num.* 1485. Doña Catalina de Olivares, *num.* 1489. Fr. Bartolomè Diaz, *num.* 1515. Fr. Pedro Rodriguez, *num.* 1522. Licenciado Manuel de Coca, *num.* 1524. Don Iuan de Ledesma y Robles, *num.* 1525. Doña Francisca de Cisneros, *num.* 1526. y otros muchos, contestando que duraria la confession, vnos media hora, poco mas, ò menos, y otros vn quarto de hora.

320 Y de averle oìdo al Padre Ripalda dezir immediatamente, y publicar, que el señor Conde se avia confessado casi generalmente, y à su satisfaccion, con integra capacidad, dado, y recibido enhorabuenas de este consuelo, y de el de la disposicion de sus cosas, lo depusieron todos los testigos del numero precedente debaxo *de las referidas preguntas, y debaxo de la dezimaquarta pregunta de tenuta, duodezima de propriedad, y duode-*

dezima en la instancia de el Consejo, Mem. fol. 435. *B.* y otros muchos, que llegan à veinte y tres, y entre ellos Religiosos, y personas mayores de toda excepcion, debaxo *de la pregunta septima de tenuta, septima de la propriedad, y septima en la instancia de el Consejo referida supr. num.* 318. Y dos de la Compañia de Iesus, como son, el Padre Diana, *Mem. num.* 1529. ibi: *Y le preguntò al dicho Padre Ripalda, que si era verdad que el señor Conde auia muerto de repente, y sin confession (por auerlo oìdo assi en Valencia) y le respondiò que era mentira, porque èl le auia confessado estando en su juizio, y auia recibido el Santissimo, y otorgado testamento.* Y el Padre Francisco Aguado, *num.* 1527. ibi: *Preguntò al Padre Ripalda, por auerle assistido en la dicha Ciudad de Toro à confessarle, si le auia dado Dios lugar para recibir los Sacramentos con juizio, y le respondiò, que si, y con satisfaccion suya.*

321 Teniendo juntamente probado los señores Duques, que el Padre Ripalda reconociendo, y confessando la sana mente de el señor Conde, aconsejò à la señora Condesa que hiziesse la informacion que se hizo ante el Corregidor de Toro vn dia despues de el fallecimiento de el señor Conde, para reparar con ella los recelos de las pretensiones de el señor Don Luis de Haro, y que fue el Padre Ripalda quien solicitò, y fomentò por su persona la dicha informacion; hablando à vn Abogado para que dispusiesse el pedimento para ella, y llevando al Escrivano, y testigos a su aposento, siendo el vnico Autor de esta diligencia, como lo deponen debaxo *de la veinte pregunta de tenuta, diez y nueue de la propriedad, diez y nueue en la instancia de el Consejo, Mem. fol.* 452. copioso numero de testigos que intervinieron de hecho propio en lo referido, y entre ellos el Doct. Pedro Dominguez Moreno, Abogado de la Ciudad de Toro, *Memorial num.* 1757. que dispuso el pedimento para la informacion, y con quien el Padre Ripalda tuvo la conferencia sobre ello.

322 Como assimismo que despues de el fallecimiento de el señor Conde, el Padre Ripalda defendiò por constante, y firme el poder, y las disposiciones que en su virtud, como comissaria, y heredera otorgò la señora Condesa, interponiendo muchos medios para acreditar la legalidad, y legitimacion de su otorgamiento, y capacidad de el señor Conde para ello, siendo vno de los medios dirigirse, como se dirigiò, à la Ciudad de Pamplona à cerciorar, como lo hizo, por escrito, y de palabra à su Magestad de lo ponderado, perseverando en este dictamen hasta que muriò Don Gaspar Phelipez de Guzman, como debaxo de las preguntas referidas, y *de la veinte y vna de tenuta, veinte de la propriedad, y veinte en la instancia de el Consejo, Mem. fol.* 457. *B.* lo deponen assimismo muchos testigos, especificando los referidos, y otros actos, sin que en ello se pueda poner controversia.

323 Luego si el señor Ripalda confessò al señor Conde, publicando con la integridad de este acto la de su capacidad, siguese quan insidioso ha

procedido,suprimiendole,y callandole en su deposicion, aviendose esten-dido tan viciosamente en lo demàs que de su contenido sobre incierto importa menos, *arg.text.in l.ea quæ commendandi*, 43. *ff. de contrab. empt.* ibi: *Qui non tantum in eo est,qui fallendi causa obscurè loquitur, sed etiam qui insidiose,obscurè dissimulat*, teniendo *in iure* igual equiparacion, como la falsedad que se expressa,la verdad que se suprime,y calla, *cap.* 1. *de crimine falsi*,ibi: *Vterque reus est,& qui veritatem ocultat, & qui mendacium dicit, cap.super litteris,de rescript.*ibi: *Qui priori modo falsitatem exprimunt, vel supprimunt veritatem*; cuya regla milita contra el testigo que en esta forma procede,vt notant Bart. *in l.Presbyteri,Cod.de Episcopis, & Cleric lib.*4.*tit.de testibus*, 10.*num.*170. Escobar *de purit.* 1.*part. quæst.*9.§.1.*num.*53.

324 Luego si el Padre Ripalda,como Religioso, Sacerdote, y Confessor,hà determinado,governando por las obligaciones de su estado, y encargo los actos serios de Christiano, y de la mayor importancia del señor Conde,como Ministro de su conciencia, interviniendo en la junta de los Medicos, confessandole, disponiendo que reciba el Viatico, que otorgue el poder, y deviendo por todas las Reverendas, y circunstancias de su persona en lo judicial,y extrajudicial professar verdad, hà publicado la integridad de la confession cō la de el juizio,la hà defendido para con el mundo,y asseveradola vniformemente en todas ocasiones; permitasenos, que aviendo recedido en lo depuesto posteriormente de lo que dixo, obrò, y publicò antes,le notemos incurso en la indignidad,que expressò el Emperador Iustino en la *l.generaliter,Cod.de non numer.pecun.*ibi: *Nimis enim indignum esse iudicamus, quod sua quisque voce dilucide protestatus est, id in eundem casum infirmare testimonioque proprio resistere*; con quien consuenan las palabras del *cap.per tuas,de probat.*

325 Infiriendo que el Padre Ripalda,Religioso, Sacerdote, y Confessor,ha convencido,y convence al Padre Ripalda; olvidado de las obligaciones de su estado en los mal considerados empeños de testigo.

326 Sin que para que prevalezca su deposicion, deva contemplarse que fue judicial,y los demàs reconocimientos, asserciones, confessiones, y operaciones anteriores, ponderados para convencerla; y desacreditarla huviessen sido extrajudiciales; pues aunque en la cēsura de derecho la declaracion judicial,y jura posterior,regularmente deve preferir à la anterior extrajudicial, Felin.*in cap. cum tua,de testib.* vbi communiter DD. Farin. *quæst.*66.*n.*199. *Attamen* en los terminos en que hablan los Autores que no convienen à los presentes de ser la declaracion judicial,con las precisas quanto devidas circunstancias de citacion de parte, y demàs solemnidades,reconocen entre otras dos limitaciones aplicables, y muy conducentes al intento de nuestro caso.

327 La primera,quando la declaracion extrajudicial es contemporanea al acto sobre que recae, y estè corroborado, y confirmado con algun

gun instrumento, ò escritura, Farin. *vbi prox. num.* 223. ibi: *Limita tertio propositam regulam non procedere, quando primum extraiuditialem dictum esset tempore actus gesti emanatum, & in scriptura confirmatũ, tùnc enim secundum iuditiale subsequens præsumitur emanatum ad partis subornationem, & sic illud non attenditur*, & comprob. cum Aretin. *in cap. per tuas, de testib. num.* 35. Gabr. Connan. *lib.* 7. *conclus.* 31. *num.* 111. Menoch. *de arbitr. lib.* 2. *casu* 108. *num.* 25.

328 Cuya limitacion conviene con superiores, y repetidas circunstancias à los terminos en que nos hallamos, porque los actos, y confessiones extrajudiciales del Padre Ripalda, fueron en el mismo acto de el poder contemporaneos, precedentes, y subsiguientes à èl, calificados con su otorgamiento, y otras escrituras, è instrumentos, como fue el nombramiento, ò donacion hecho en favor de Juan Vicente, y los testamentos que otorgò la señora Condesa en virtud de el poder; interviniendo en ellos la assistencia, direccion, y consejo del Padre Ripalda.

329 La segunda, quando la declaracion extrajudicial contiene mayor verosimilitud, y se halla coadjuvada de mejores presumpciones, *cap. litteras, de præsumpt.* vbi Abb. *num.* 2. Felin. *in cap. cum in tua, num.* 7. *de testib.* Gregor. Lop. *in l.* 41. *tit.* 16. *part.* 3. D. Covarr. *lib.* 2. *var. cap.* 13. vers. *Est & aliud considerandum*, Menoch. *de arbitr. casu* 108. Surd. *decis.* 309. *num fin.* Farin. *quæst.* 66. *num.* 216. D. Valenç. *cons.* 102. *à num.* 21.

330 La razon es; porque la deposicion segunda se presume hecha con dolo, y fraude persuadido, y gratificado el testigo de la parte que lo presenta, Mascar. *conclus.* 1346. Farin. *dict. quæst.* 66. *num.* 223. Menoch. *vbi prox. num.* 10. D. Valenç. *cons.* 102. *num.* 20.

331 No deviendo dudarse, que la geminacion, y repeticion de tan continuados actos, asserciones, y declaraciones del Padre Ripalda, confirmados, fortalecidos, y autorizados con su silencio por el discurso de mas de tres años, sean mas recomendables, incluyendo mayor verosimilitud, y certeza que la que incluye, para persuadir lo contrario lo que ha depuesto posteriormente, y que ha cultivado por su medio la diligencia, como demàs de los Autores referidos lo consideraron, y ponderaron Menoch. *cons.* 393. *num.* 17. ibi: *Tum geminatio operatur quando ex interuallo illa contingit*, Castill. *tom.* 4. *controu. cap.* 52. *num.* 23.

332 *Vlterius*, porque la distancia que ha intervenido desde las vnas asserciones, hasta el tiempo, y dia de la vltima deposicion, por ser tan considerable, la haze sospechosa, *cap. preterà, ad fin.* vbi Glos. & Bald. *de testib. cogn leg.* 30. *tit.* 16. *part.* 3. vbi Greg. *glos.* 2. *ante fin.* Menoch. *cons.* 117. *à num.* 54. Gracian. *tom.* 5. *discept. cap.* 867. *à num.* 12.

333 *Sed quorum tendimus*, con estos discursos superfluos, y viciosos, deviendo recaer solo debaxo de el supuesto de vna posterior jurada declaracion, ò deposicion solemne, y legitima, y con citacion de la parte interessada, y no con los defectos, y reparos que intervinieron contra la de el Pa-

Padre Ripalda, *vt fundauimus supr. num. 272. & sequentibus.*

334 *Tum etiam*, porque seclusa la question de la fee que se le deve al testigo vario, y contrario à si mismo, que disputan los Autores con la ocasion de la *l. qui falso, vel variè, ff. de testib.* y de que tratò largamente Farinacio en su tratado de *testib. quæst. 66.* que recae quando ambas declaraciones, ò deposiciones son juradas, lo que no devemos omitir, es, que aunque la anterior carezca de juramento, el que sin èl afirma vna cosa, y despues recediendo de ella depone lo contrario, aunque sea con juramento, es mendaz, de fee dudosa, y disminuida, y indigno de credito en juizio de la importancia que el presente; lo qual fue doctrina original de Bart. *in l. eos, num. 4. ff. de fals.* assentadamente recibida en este sentido por todos los Autores, Hippol. de Marsil. *ad eand. leg. num. 21.* Panorm. *num. 9.* & Ant. Butr. *in cap. in tua, de testib.* Roland. à Valle *lib. 1. cons. 40. num. 12.* Ruin. *cons. 35. colum. penult. lib. 3.* Alex. *lib. 1. cons. 63. & lib. 6. cons. 124. num. 6.* Menoch. *lib. 2. de arbitr. casu 108. num. 27.* D. Covarr. *lib. 2. variar. cap. 13.* vers. *Hactenus*, & vers. *Est & aliud considerandum: Et quamvis non puniatur pœna falsi puniri tamen potest extra ordinem pro admissi, & personæ qualitate arbitrio Iudicis*, idem Menoch. *casu 312. num. 3.* Farinac. *dict. quæst. 66. num. 84.*

335 Y es muy natural la razon, porque el hombre mendaz èl mismo se quita el credito que le correspondia; y fue apothegma de Aristoteles, que refiere Laercio en su vida, *lib. 5. de vitis Philos. cap. 1.* y Aristoteles: *Rogatus quid mentiendo viri mendaces proficerent, vt vera* inquiebat, *loquentibus fides non detur*; y por proverbio le puso San Geronimo epist. 17. ad Iulian. *Vetus*, inquit, *Prouerbium est; mendaces faciunt, vt neque vera dicentibus credatur*: y si este mendacio en otro qualquiera testigo fuera muy culposo, en el Padre Ripalda deve exceder, y excede las margenes de intolerable.

336 Reconociendo la dificil compatibilidad que tenia la insania, que supuso al señor Conde con los actos de la confession, y Viatico, y que estava expuesto à esta censura, aunque no interrogado el Padre Ripalda; pero concibiendose en el estrecho de la prensa de ella, en su deposicion expressò, *Que el auer en este estado dadosele al señor Conde el Viatico, lo remitiò el testigo al juizio del Cura que se le diò, à que no hizo oposicion este testigo, valiendose de las doctrinas mas fauorables en la Teologia, y beneficio del alma.* lo qual no le podrà eximir de la nota, y reparos con que le hemos convencido, contradiciones, è inconsequencias que le hemos observado, *quod suadetur ex seqq.*

337 Lo primero, porque no salva con lo referido el acto de la confession, que cuidadosamente ha callado, y en que como vnico en ella deviò ser, como fue, el mejor, y mas favorable censor de la sana mente del señor Conde, cõstituyendose con el silencio reo de la acusacion de el *cap. 1. de crimine fals.* ibi: *Vterque reus est, & qui veritatem occultat, & qui mendatium dicit.*

Lo

338 Lo ſegundo,porque ò le hallò habil, y capaz, ò no; ſi experimentò lo primero,como es cierto,ha faltado à la verdad en omitirlo; ſi lo ſegundo,tambien ha faltado à ella en no expreſſarlo.

339 Y con ſemejante experiencia, como cabe, ni es veroſimil que para que el ſeñor Conde recibieſſe el Viatico, lo remitieſſe, como dize el Padre Ribalda, *al juizio del Cura?* quando mejor informado por el acto de la confeſsion,pudo,y deviò diſcernir por èl propio lo que inconſidera damente quiere que ſin eſtas experiencias dependa del conocimiento de el ageno,de que hemos de inferir, aunque no tuviera repugnancia, y fuera cierto lo que dize el Padre Ripalda,ò que ſubſtrayendoſe del complimiento de ſu objeccion, atropellando por ella, no la tuvo vigilante en el acto del mas ſoberano,quanto divino reſpecto, ò que à lo menos exiſtia neutral,y dudoſo ſu conocimiento; en cuyos terminos no deviò, como dize en ſu depoſicion, *juzgar,y juzgar firmemente* contra la ſana mente del ſeñor Conde, porque eſta determinacion rigoroſa no es hija de aquella duda,ò aquella duda,ò remiſsion *al juizio del Cura*,no es hija del concepto de tan temeraria,quanto pernicioſa ſentencia.

340 Lo tercero, porque ya que valiendoſe de las doctrinas mas favorables en la Theologia,y beneficio de el alma,como refiere reſolviò la adminiſtracion de eſtos Sacramentos, con el rieſgo que incluye el hazerlo, cenſura, y nota,que con eſcandalo pudiera producir el executarlo, *ad quid*,no conteniendoſe en la claſſe de lo tan dificilmente tolerable,ſe paſſa el Padre Ripaldaà la esfera de lo ilicito, quanto ſuperfluo, y que deviera ſer reprehenſible, publicando al mundo con ſu decepcion; y lo que es peor, comprehendiendo en ella el ſagrado de la mageſtad, con las enhorabuenas que recibiò, y cõ lo demàs que teſtaron ſus palabras,y obras por el diſcurſo de mas de tres años,como queda advertido *ſupr. num.* 320.ſobre la integridad del juizio de el ſeñor Conde.

341 No ſe compondrà la contradicion, y repugnancia de lo referido con la debil ſatisfaccion,que no inſinuandola en ſu depoſicion el Padre Ripalda, ſe la quieren prohijar algunos teſtigos, aliſtados debaxo de las vanderas de la parcialidad de ſu paſsion,como ſon Don Franciſco de Victoria, *Mem. num.* 624. *&* 625. y Fray Ventura de Garrovillas, *num.* 648. deponiendo vno de juizio,y preſumpcion propia por ciertas palabras que refiriò el Padre Ripalda,y otro de oìdas vagas, que la diſpoſicion de eſtos actos fue por obviar el reparo de que falleccieſſe ſin Sacramentos vn Heroe que avia tenido à ſu cuidado el pondus de el govierno de eſta Monarquia.

342 Porque quando ſemejante eſcrupulo no fuera, como es, deſpreciable para con los cenſores Chriſtianos,y de ſano juizio, q̃ no regulan las operaciones,y ſeguridad de las conciencias por ſemejantes accidentes, reſervandolos para los altos,y ſoberanos juizios de Dios, y que fuera tolerable el diſsimulo de la confeſsion,y la adminiſtracion de el Viatico, permi-

ſible en fuerça de las doctrinas de la Theologia favorables al alma, como cabe esta ſatisfaccion, y diſsimulo para el acto de el poder? Ni como cabe que en la Theologia aya doctrinas para perjudicar à los intereſſados en los bienes del ſeñor Conde ſin ſu otorgamiento? Luego, ò el Padre Ripalda con la diſpoſicion, permiſsion, y aplauſo de eſte acto, coopero en vn delito con deſprecio de ſu cóciencia, ò careciendo de compatibilidad, lo que primero obrò, y publicò con lo que poſteriormente depuſo, viene à quedar con los defectos de vacilante, vario, inconſequente, contrario à ſi miſmo, y convencido el Padre Ripalda, teſtigo, del Padre Ripalda en la pureça de Religioſo, Sacerdote, y Confeſſor.

343 Reconociendo que en la cenſura de Derecho es deſeſtimable la eſpontanea depoſicion, *cap.2. de teſtib. l ſi quando*, *Cod. de teſtib.* Surd. *conſ.*312. *num.*17. Riccio *part.*3. *collect.*321. Farin. 2.*tom. quæſt.*80. *à num.*1. Bobadill. *lib.*5. *cap.*1. *num.*70. Eſcobar *de purit.* 1.*part. quæſt.*6. *§.*4. *à num.*26. Barboſ. *in cap.*6. *à num.*3. *&* 4. *de probat.* Giurb. *conſ.*70. *num.*45. quiſo redimirla el Padre Ripalda de eſte reparo, y de la nota de aver contribuido con la primera piedra en el edificio de eſte pleito, afectando eſcuſas ſobre deponer por el papel eſcrito al ſeñor Marquès D. Diego, *de quo, Mem. num.*537. ibi: *No puede dexar de ſuplicarle le haga merced de eſcuſarle de que èl, y ſu compañero digan en dicha informacion por las dificultades, y reſpetos que ha repreſentado al ſeñor Marquès.*

344 Pero ſobre deſcubrir por el contexto de eſtas palabras las conferencias que ſupone aver precedido ſobre eſta materia, y que no ſe hallò, como dixo Seneca epiſt. 11. *Subito deprehenſus, ſed ex præparato locutus,* ſe reconocerà la afectacion de el contenido de eſte papel, y mandato, que ſe ſiguiò à el del Nuncio de ſu Santidad, manifeſtando el Padre Ripalda en eſto otra contradicion, demàs de las expreſſadas, y para ella no hemos de inquirir otros teſtigos que ſu miſma depoſicion; pues en ſus vltimas palabras expreſſa lo que obrò la ſeñora Condeſa, onerada ſu conciencia de el otorgamiento de el poder, añadiendo, ibi: *Y demàs à mas le diò licencia al teſtigo para que declaraſſe ſu ſentimiento, ſobre que el dicho ſeñor Conde-Duque ſu marido no eſtaua en ſu entero juizio quando ſe puſo el otorgamiento de el poder en Toro*; con cuya narracion nos permitirà el Padre Ripalda que le forme vn dilemma; vna de dos coſas, Padre Ripalda, ò es ſimulada la eſcuſa, ò incierta la depoſicion; y ſino conviene en que aya duda, ni en lo vno, ni en lo otro, diſculpenos en el concepto de la inſeguridad de ſu conciencia, reſpecto de la rebeldia que manifieſta el papel, ſobre no exonerar, ni la propria, ni la agena, y no ſabemos que para eſto pueda aver en la Theologia enſanches, ni capacidad en los reſpetos que expreſſa.

345 Y porque no ay operacion, ò delito ſin motivo, cauſa, ò interès, *l. penult. Cod. de probat.* vbi Bart. Pet. Surd. *conſ.*467. *num.*5. Gratian. *diſcept. cap.*262. *num.*39. Farin. *de falſit. quæſt.*153. *num.*209. Dom. Larrea *allegat. Fiſcali*, 28. *num.*7. *cum ſequentib. &* *alleg.*25. *num.*27. Cicer. *in orat.*

orat. pro Milone: *Quonam igitur pacto*, inquit, *Probari potest insidias Miloni fecisse clodium? Satis est in illa, tam audaci, tam nefaria bellua docere magnam ei causam, magnam spem in Milonis morte propositam, magnas utilitates fuisse. Itaque illud Casianum CVI BONO FVERIT, in his personis valet.*

346 El motivo, y causa de receder el Padre Ripalda con lo que ha depuesto de lo que primero confessò, y enixamente asseverò, nos la dexaron descubierta las deposiciones de Don Alonso de Mella, y Don Iuan de Zubiaure, que ponderamos *num.* 286. & 288. concordando en averse mostrado quexoso el Padre Ripalda de el señor Duque de Medina de las Torres, por no aver fomentado la patente que deseava para vivir en el Colegio Imperial de esta Corte, respecto de ser de otra Provincia; en cuya quexa, y por esta causa contestan Domingo de Omorejo y Carti, Mayordomo de el Estado de los Cavalleros Gentileshombres de la Camara del Rey nuestro señor, el Licenciado Don Diego de Araque, Doña Geronima de Mendoça, Isabel Delgado, Andrès Dualde, Ana Gomez, Artus de Roy, y Iuan de Arbiça, *Memor. de tachas, num.* 1. *desde el fol.* 504. *hasta el* 509.

347 Como por el contrario de aver solicitado el señor Marquès de Leganès esta patente, se manifestò el Padre Ripalda muy agradecido al soborno de vna diligencia, en que tanto interessava su inclinacion, comunicando desde entonces con mucha continuacion al señor Marquès, visitandose reciprocamente, y concurriendo en su coche con gran frequencia, y vsando de èl el Padre Ripalda à su arbitrio, como lo deponen los testigos del numero precedente, y debaxo *de la veinte y seis pregunta de tenuta, veinte y quatro de la propriedad, y veinte y quatro en la instancia de el Consejo*, otros muchos desde el *num.* 1919. vsque al 1930. y sobre la estimacion que se deve dar à este motivo, y causa, y influencias que pudieron producir: consultelo consigo quien hiziere reflexion de la prenda inestimable de la libertad, y huviere experimentado la comodidad, y dulçura de la Corte; porque por lo respectivo à los señores Iuezes, solo devemos dezir, concluyendo con la deposicion del Padre Ripalda, sus convencimientos, y tachas, lo que èl consultò en la *ley* 3. *de testib. Tu magis, &c.*

Deposicion del Doctor Cypriano de Maroja.

348 AVnque contra el examen de este testigo no tenemos defectos en el modo que oponerle, hallarèmos multiplicados medios que cōvencen lo que depone, reconociendo previamente si las razones que refiere en ello persuaden la insania de el señor Conde al tiempo del otorgamiento de el poder.

349 Como este testigo depuso en dos ocasiones: La primera, en la informacion que se recibiò por el Teniente de esta Villa à pedimento del se-

señor Marquès: y otra en el juizio de tenuta; si ambas las huviessemos de referir à la letra consequentes, observando el orden que con la de el Padre Ripalda, consumiriamos el tiempo viciosamente, componiendo de mayor volumen que el que deseamos en el cuerpo de este papel; y assi en lo depuesto debaxo de cada vna de las preguntas de los interrogatorios de el señor Marquès, harèmos la reflexion donde convenga sobre el punto de la insania del señor Conde, y con mayor pausa donde concierna, por lo respectivo al dia Miercoles, en que otorgò el poder en favor de la señora Cōdesa-Duquesa; pues lo depuesto ante el Teniente, y en el juizio de tenuta està concordado, y distribuido en todas las preguntas de los interrogatorios, y assi descendemos à reconocer, y examinar estas deposiciones, y su razon en ellas.

350 Debaxo *de la segunda pregunta de tenuta, y tercera de propriedad, tercera de tenuta, y quarta de propriedad, Memor. fol. 217. B. num.* 554. refiere el Doctor Maroja su llegada à Toro Lunes, hallandose ya el señor Conde posseido de la enfermedad desde el Sabado, y como le hizo relacion de ella el Doctor Lazaro de la Fuente, reconocimiento de su estado hasta el referido dia Miercoles; y porque en ello no comprehende cosa perjudicial, ni estimable, no siendo este tiempo el concerniente para la validacion del poder, por ser su otorgamiento posterior, y averse de atender à èl, y no otro, *vt fundauimus sup. num.* 189. passarèmos à otra pregunta; no olvidando lo que en estas se pretende cabilar sobre el principio, y calidad de la enfermedad, para satisfacerlo en el medio de lo congetural, à que està reservado este punto.

351 Debaxo *de la quarta pregunta de tenuta, y quinta de propriedad, Mem. fol.* 231. *num.* 610. refiriendo la mejoria, y alivio del Miercoles por la mañana, dize: *Que auiendo sido llamada la señora Condesa, y venido el señor Conde, la recibiò riyendose.*

352 Aunque el Padre Ripalda diò assimismo por motivo de la demencia la risa que igualmente supuso, no expressa que fuesse en este acto, difiriendo, y variando en las ocasiones, y circunstancias con que desfallece el credito de vno, y otro testigo; pero quando ambos concordàran, y contestàran como requiere el Derecho, dexamos exuberantemente, *ex n.* 303. convencida esta razon, è indemne por los afectos de la risa de lesion la capacidad del señor Conde.

353 Consequentemente añade el Doctor Maroja: *Que el señor Conde respondiò à lo que se le preguntaua, diziendo solamente de si, ò de no*: no dize que esto fuesse en todas ocasiones, dexandolo con artificio, assimismo sin restriccion de tiempo; y vltrà de que estas palabras por sì son compatibles con la sana mente, y no inductivas de furor, *vt fundauimus sup. n.* 309. Para que se reconozca que no limitò su explicaciō solo à ellas el señor Conde en este dia, con las quales se ha excitado la question de el testamento *ad interrogationem*, demàs de las muchas, bien ordenadas, y con-

concertadas, y de que à tiempo vsò su prudencia; oygamos al mismo Maroja en pocos renglones, precedentes à lo referido, ibi: *Y en este tiempo conociò al Marquès de Mayrena, que estaua sentado en la cama, llamandole por su nombre.*

354 Prosigue: *Que preguntandole* (habla de el señor Conde) *si se acordaua de lo que le auia passado, respondia, que no.* Y sobre ser singular el Doctor Maroja en esta respuesta, la diminucion de la memoria en que repara, no califica el desconcierto del juizio en que la coloca, siendo compatible la sana mente de el señor Conde, sin la omnimoda integridad de la memoria, *vt latè fundauimus supr. n.* 299. demàs de que el testigo por mucho que en lo referido quiera desvanecerle esta potencia, no se atreviò à persuadirla perdida, imò la reconociò en gran parte preservada, *Mem. n.*611. ibi: *Se aliuiò de los accidentes rigurosos que antes tenia, remitiendose la fiebre, y el delirio, y teniendo algun conocimiento, y alguna memoria, que antes no auia tenido desde el principio de la enfermedad, &c.* Y debaxo de la septima pregunta de tenuta, y octava de la propriedad, *n.*716. ibi: *Y le parece que le pudo ayudar mucho à dezir la confession, y demàs palabras que dixo en presencia del testigo, sin errarlas, la costumbre de dezirlas, y el tener la memoria firme acerca de ellas, &c.*

355 Llegandose al acto del testar, dize: *Que en quanto à la disposicion que tuuo para ello, y para confessar en dicha ocasion, presume el testigo, y juzga de lo que viò, y reconociò entonces* (apela sobre el tiempo precedente) *que solo diria de si, ò de no à lo que se le preguntasse, como lo hazia à las demàs preguntas que poco antes se auian hecho por el testigo, y los demàs, y que de su motiuo, y sin incitarle no diria cosa alguna concertada, y con razon.*

356 El testigo no deve deponer, como dexamos ponderado *suprà num.* por lo que juzga, y presume para que merezca credito, no acompañando su juizio, y presumpcion con razon que la persuada por actos externos, *vt fundauimus sup. num.* 193. y no aviendo dado hasta aora otras que las expressadas, y convencidas, ò notadas de insuficientes, se conoce que lo que dixo, *presumia, y juzgaua*, fue mala ilacion por la falencia de los antecedentes, y que solo se deduce en lo que disminuye por ella el juizio del señor Conde contra el Doctor Maroja la temeridad del suyo, deviendo sacar mejor consequencia de aver conocido al Marquès de Mayrena, y llamadole por su nombre, quedando por esta temeridad en lo referido desestimable su deposicion.

357 *Hucusque*, su contenido, por lo respectivo à la que hizo en la informacion recibida, à pedimento del señor Marquès Don Diego, y ratificado el Doctor Maroja en el juizio de tenuta, continùa en el concepto que ha formado con las razones que ha concebido sobre la insania de el señor Conde, diziendo: *Que las funda en principios llanos de medicina*, siendo la primera que propone; *porque dicho señor Conde tuuo desde su principio*

 vna

vna phreneitis, que es inflamacion de celebro, que trae por accieentes proprios, è inseparables vn delirio perpetuo, y vna calentura continua; y que quando el señor Conde tuvo el alivio no estava libre de la enfermedad, de que enfermò desde el principio, por quanto la dicha enfermedad no avia mudado especie, ni la mudò hasta la vna de la tarde, despues de comer, el dicho Miercoles 19. de Iulio, à la qual hora le diò vn supor, &c.

358 El mayor convencimiento en el supuesto que haze el Doctor Maroja, y razon que pondera, tendrà su lugar separado adelante, donde avemos de tratar de la calidad de la enfermedad, no deviendo omitir por aora que en ningun tiempo, ni caso se deve diferir à lo que propone.

359 Lo primero, porque aunque como perito, era recomendable su juizio, *ex cap. significasti*, 18. *de homicid. l. semel, C. de re milit.* esto deve entenderse quando es deputado, y destinado por el Iuez de oficio para el reconocimiento de la enfermedad, y su calidad, Ioan. And. & alij *in cap. tenor, de re iudicata*, Foller. *in prax. crimin.* in vers. *Audiantur accusatores*, *num.* 31. Monteleon *in sua pract. arbitr. pag.* 29. *num.* 4. Novar. *in quad. alleg. quam ad litteram transcripsit*, Ricc. *in collectan.* 3065. vers. *Et licet præsuponatur, in fine*, ibi: *Ita quod non valent fides facta à Medicis non destinatis à superiore ad illum proprium actum.* Con que no aviendo declarado en esta forma el Doctor Maroja, es despreciable su juizio, y la recomendacion de su pericia.

360 Lo segundo, porque aun en los terminos referidos, es necessario à lo menos el concurso de dos peritos para que hiziessen probança, aviendo copia de ellos, *ex dict. l. semel, l. iuris iurand.* 9. *C. de testib. l. si irruptione*, 8. *§. ad officium fin. regund. l.* 1. *in princip. ff. de ventr. insp. & alijs iuribus*, Bart. *in dict. l.* 1. *de ventr. insp.* Menoch. *de arbitr. casu* 114. *num.* 27. Minsyng. *cent.* 6. *observ.* 34. Simon de Præt. *de interp. vltim. volunt. lib.* 1. *interpr.* 1. *dub.* 3. *sol.* 4. *num.* 5. Gratian. 2. *tom. discept.* 235. *num.* 29. Farin. *in prox. quæst.* 127. *à num.* 151. Ricc. *collect.* 44. *& dict. collect.* 3065. Hermosill. cum plurib. *in l.* 56. *tit.* 5. *part.* 5. *glos.* 6. *num.* 26. Amaya *in l.* 2. *C. de iur. fisc. lib.* 10. *à num.* 14.

361 Lo tercero, porque depuso como testigo presentado por la parte del señor Marquès Don Diego, en cuyo caso no pudo hazer fee, siendo singular, y vnico, Pacian. *lib.* 1. *de probat. cap.* 47. *à num.* 50. *&* 51. Farin. *vbi prax. num.* 157. Mascar. *conclus.* 1174. *à num.* 36. Gratian. *d. cap.* 235. *à num.* 56. Amay. *in dict. l.* 2. *à num.* 25.

362 Lo quarto, porque quando lo referido permitiesse alguna duda, ò controversia, que no la sufre estimable, quedava superada la fee, y credito del Doctor Maroja con la de los Doctores Lazaro de la Fuente, y Medina, deviendose diferir al mayor numero en concurso de peritos, *cap.* 1. *de arbitr.* Socin. *cons.* 54. *num.* 1. *lib.* 1. Cephal. *cons.* 540. *num.* 88. Farin. *vbi supr. num.* 141. Burat. *decis.* 56. *num.* 6. Pacian. *d. cap.* 47. *num.* 166. quien en el *num.* 168. dize: *Que lo referido procede aunque fuesse mas perito, y*

mas

mas excelente en su arte el que es vnico, y singular.

363 Lo quinto, porque aun quando con la deposicion del Doctor Maroja concurriera la de otro Medico, y quedàran iguales de parte à parte los Medicos, y peritos, *adhuc*, se avia de estar à los que depusieron en favor de la sana mente del señor Conde, y otorgamiento con ella de su poder para testar, por aver sido los que le curaron desde el principio de su enfermedad, y se hallavan mejor informados, Rota *decis.701.part.1.divers.* Cavaler. *decis.220.num.7.* Novar. *decis.106.num.3.* lo qual no solo tiene lugar, respecto de los que no curaron al enfermo, sino tambien procede respecto de los que tuvieron mas asistencia en su enfermedad, Farin. *dict. quæst.127.*ibi: *Et eis magis credendum est, qui interfuerunt curæ vulnerati, & vulnus inspexerunt, quam ijs qui vulnus non viderunt, & non interfuerunt, vel non sic assiduè vulneratum curauerunt.*

364 Lo sexto, y vltimo, porque las deposiciones de los otros dos Medicos Fuente, y Medina, que se ponderaràn en su lugar, y especialmente sobre la probança de los señores Duques, es mas verosimil, y conforme à la presumpcion natural del sano juizio, y à lo que està probado con otros muchos testigos, *de quibus etiam infrà*; y assi aunque huviera concurso, y encuentro de peritos en igual numero, devian, como deven ser, preferidos los que deponen, y declaran con la asistencia de Derecho, Sanchez *lib.7. de matrim.disp.113.num.20.* Mascar. *dict.conclus.1174.num.43.* Pacian. *dict.cap.47.num.169.*

365 La segunda razon que propone, porque *en este tiempo se tratò de que se confessasse dicho señor Conde, y el testigo se lo aduirtiò assi à la señora Condesa, Duquesa de Oliuares, por si acaso hallara el Confessor capacidad en dicho señor Conde-Duque para que se confessasse; y llamando al dicho Confessor para que le confessasse, se despejò el aposento, ò pieça donde dicho señor Conde estaua, y entrando el dicho Confessor estuuo con dicho señor Conde-Duque muy poco tiempo; y haziendosele nouedad al testigo de que se huuiesse confessado dicho señor Conde Duque tan apriessa, preguntò el testigo al dicho Confessor, que era el Padre Iuan Martinez de Ripalda, como se auia confessado tan presto dicho señor Conde-Duque, que le parecia à el testigo que no auia estado confessando à dicho señor Conde-Duque el tiempo que era menester para absoluerlo. A lo qual respondiò dicho Padre Iuan Martinez de Ripalda al testigo, que no le auia hallado capaz de confessarse, y por esso auia salido tan apriessa; de lo qual infiere tambien el testigo, que ni la enfermedad dicha phrenetis, ni sus accidentes se auian quitado, sino es que estauan siempre permanentes, aunque no en la fuerça, y vigor del aumento, y estado de la dicha enfermedad.*

366 Y vltrà del convencimiento que adelante, como singular, è incierta tendrà, y recibirà esta prolixa narracion, por la qual infiere el Doctor Maroja, q̃ la enfermedad, y sus accidentes no se avian quitado, se funda en la vasa de la brevedad de la confession, y oìdas al Padre Ripalda, sobre

que no avia hallado capacidad en el señor Conde-Duque para absolverle, y aviendonos dicho para descender à las razones que concibiò el Doctor Maroja, *que las fundaua en principios llanos de medicina*, aunque no es de nuestra profession el conocimiento de sus reglas, sobra semejante pericia para discernir que no contiene todo lo que amontona el Doctor Maroja en esta segunda razon motivo, clausula, ni palabra que mire à formar su juizio por principios, ni reglas de Medicina; con que nos permitirà el desprecio de lo que dize, y el concepto de que abandonando lo que deviera entender, lo olvida por lo que su temeridad desea concluir, quedando por ella desestimable, *ex dictis supr. num.* 301.

367 Sobre la tercera, dize: *Porque en este mismo tiempo llegò ocasion en que dicho señor Conde quiso firmar vn papel en blanco para ver si podia firmar vn poder para testar. que daua à la señora Condesa de Oliuares su muger, y para esto tomò la pluma de la mano al testigo sin tinta, y comencò à escriuir en blanco; y aduirtiendole à dicho señor Conde-Duque que la pluma no tenia tinta, y que no señalaua, con todo proseguia en escriuir en el dicho papel en blanco, sin querer dexar mojar la pluma, aunque el testigo pretendiò quitarsela, y en este tiempo dezia razones sin concierto, como son, yo, yo, quando estaua en Salamanca, y era Rector: y estas palabras, y otras sin concierto dezia dicho señor Conde, mirando al testigo, y escriuiendo juntamente en la forma dicha; los quales actos, y palabras referidas son indicio claro que dicho señor Conde-Duque en el tiempo dicho del aliuio estaua, y estuuo frenetico, y delirante, como està dicho.*

368 Asimismo desconocemos que sean reglas de Medicina lo ponderado en este medio, que por tercera razon ha expressado la temeridad del Doctor Maroja, porque solo lo que comprehende son vnos actos externos, de que sin el conocimiento de las reglas de la Medicina por qualquiera otra persona que no las aya professado, se puede formar concepto de la capacidad de la persona que exercitasse semejantes actos externos, como se supone lo hizo el señor Conde.

369 Y antes de desvanecerlos como efectos de furor, devemos dezir que carecen de comprobacion como inciertos, y que sobre ellos es vnico testigo el Doctor Maroja, y assi no merece credito, *ex iur. vulgar.* sin que en lo referido sobre las palabras: *Yo, yo, quando era Rector en Salamanca*, conteste otro que el Padre Fr. Iuan de Santo Thoma, *num.* 613. de oìdas à algunas personas que expressa; y que no aviendolo depuesto examinadas, es despreciable, porque el testigo referente no haze fee, ni prueba, sino es en quanto lo deponga el relato, *ex leg. asse toto, ff. de hared. instit.* Auth. *si quis in aliquo docum. Cod. de edendo*, Peregr. *de fideicom. art.* 16. *num.* 111. Noguer. *alleg.* 20. *num.* 113. si bien la circunstancia que añade este testigo, como ponderarèmos, nos comunicarà el desempeño de redimir de demencia estas palabras, y actos externos, *quando quod speramus*, se estime su certidumbre.

Sed

370 *Sed dato, & non concesso*, que las operaciones, y palabras expressadas por el Doctor Maroja tuviessen suficiente comprobacion, *adhuc*, ni vno, ni otro es inductivo de insania.

371 Lo primero, porque quererlo inducir de no aver firmado el señor Conde el poder, tiene la exclusion de no averlo podido hazer por las causas que se han comprobado, y se contendràn quando se toque el punto de las solemnidades de su otorgamiento.

372 Lo segundo, porque firmar, ò dexar de firmar, no es acto de juizio, ni de furor, Cald. *cons.* 24. *num.* 19. Rota *part.* 2. *diuers. decis.* 107. *num.* 20. ibi: *Quo verò ad actum cantandi, legendi, scribendi suendi, & acupingendi, respondetur istos actus non consistere in intellectu, sed in sensu*: y en mas estrechos terminos de no poder firmar el testamento, por averle sobrevenido en aquel tiempo frenesi al testador, se juzgò por valida la disposicion de que habla Sessè *dict. decis.* 56. *tom.* 1.

373 *Et sic*, todo lo que se ha ponderado sobre los rasgos que echò en el papel sin poder firmar, es vna insubstancial machinacion, y pudiera no averse preterido la expression de la *Y* que formò, como primera letra del nombre de la señora Condesa, que acostumbrava poner en su firma el señor Conde, segun que lo depone Ana Gomez, testigo de los señores Duques, *Mem. num.* 1310. juntamente, con que añadiò: *Dios quiera que haga otro mejor*, aludiendo al rasgo que avia hecho, no pudiendo continuar por la debilidad del braço, siendo todo esto, sobre prudente, verosimil, y natural.

374 Lo tercero, porque con menos fundamento son inductivas de delirio, y frenesi las palabras: *Yo, yo, quando estaua en Salamanca, y era Rector*; porque de estas se comprehenden vna oracion imperfecta, y equivoca, que puede dirigirse à concluir algun concepto cuerdo, y muy concerniente à la oportunidad en que se dixeron, y no à cosa contraria, y agena de razon; y en la censura de Derecho semejantes palabras equivocas, y que pueden permitir diversos sentidos, no deven aplicarse à vno mas que à otro, por que no concluyen con certidumbre, *l. cum pater*, *§. cum imperfecta, de leg.* 2. *l. ambigua, de legib. l.* 3. *l. quoties, ff. de rebus dub. l.* 1. *§. Sin autem*, vers. *Ergo, ff. de hared. inst. l.* 6. *tit.* 3. *part.* 6. ibi: *Porque por tales palabras non podria tomar home cierta sospecha, ni entendimiento verdadero*; *glos. in cap. & hac diximus*, 26. *quast.* 7. Paul. de Castr. *cons.* 195. *part.* 1. Peral. *in rubr. de hared. inst. num.* 161. *cum seqq. Ex quo*, la deposicion de el testigo con oracion imperfecta, y equivoca, carece de estimacion, Angel. *in dict. l. in ambigua, num.* 1. Petra *de fideic. quast.* 12. *à num.* 1056. Farin. *quast.* 68. *num.* 1. Burat. *decis.* 191. *num.* 14.

375 Lo quarto, porque aviendo estudiado el señor Conde en Salamanca, y sido Rector de su Vniversidad, *tantum abest*, que manifestasse insania en referirlo, que *imò potiùs* acreditò la integridad de su juizio con semejante reminiscencia en expressarlo, no pudiendo ser desproposito el ha-

hazerla en el acto de firmar el poder, pues no executando impedido lo que deseava por su accidente, y edad, hizo memoria en lo que apetecia de las fuerças, y vigor de la juventud, y que en ella, y quando era Rector firmaria con mayor liberalidad; y si fue cierto, y se deve creer lo que depuso el Padre Fr. Iuan de Santo Thoma en la circunstancia que le reservamos *supr. num.* 369. hallarèmos que en ella se comprehende este concepto, y que fue el que quiso explicar el señor Conde, atendida la deposicion de este testigo, ibi: *Y auiendo hecho vn rasgo mal señalado, auia buelto la cara al Escriuano Benauides, y dicho Yo, yo quando era Rector en Salamanca, como dandole à entender que hazia buena letra*, que es en la forma que el Padre Fr. Iuan de Santo Thoma refiere que lo oyò, y sabe.

376 Lo quinto, porque quando semejantes palabras no comprehendieran el concepto de la reflexion ponderada, y las reconocieramos pronunciadas sin causa, ni proposito, *non indè sequitur*, que por ellas padeciesse lesion el juizio de el señor Conde, y que deviera viciarse su disposicion, *Ergo text. in l. quæ extrinsecus, 65. ff. de verb. obligat. Quæ extrinsecus, & nihil ad præsentem actum pertinentia adieceris stipulationi pro super vacuis habebuntur, nec vitiabunt stipulationem veluti si dicas arma virumque cano spondeo, nihilominus valet.* Con que si segun la especie, y decision de este texto interrogado el señor Conde que heredero nombrava, huviera respondido, *Arma virumque cano*, à la Condesa mi muger, *nihilominùs*, no se viciaria la institució, repeliendo solo el Derecho como superfluo las palabras del verso *Arma virumque cano*, y mantendria la estipulacion, siendo su forma mas escrupulosa, *§. in hac re olim instit. eod. tit. Quomodo quæso*, se ha de dar por viciosa, y nula vna disposicion testamentaria tan privilegiada, y calificando al testador de insano; porque fuera de el mismo acto de testar, prorrumpiesse en vnas palabras equivocas, y que bien contempladas pueden, como deven, convertirse à vna tan prudente como natural reflexion, y reminiscencia ponderada.

377 Lo sexto, y vltimo, porque aun en caso que negamos que fuessen agenas, y estrañas de el centro de la razon, tampoco calificavan carencia de juizio que hiziessen intestable al señor Conde, y nula su disposicion; pues como pondera Paul. Durand. *decis.* 178. *num.* 21. *Quandoquidem sani intellectus viri aliqua ex accidenti faciunt à sana mente aliena etiam tempore conditi testamenti, & tamen non ideò semper supervenisse furorem de iure præsumitur, nec in sani reputantur ad testamenti factionem activam.* Y con superior motivo hallandose perfecto el acto, declarada la voluntad por el señor Conde ante bastante numero de testigos, aunque no huviesse podido firmarla quando prorrumpiò las palabras referidas, que son los terminos de la decision de Sesè *supr. num.* 372. *citada*: con que por todas consideraciones queda desvanecida, y convencida la razon que el Doctor Maroja concibiò, y deduxo tan voluntaria como ligeramente, de operaciones, y palabras que no la persuaden.

Lo

378 Lo que por quarta razon propone el Doctor Maroja, comprehende, *Porque no es de creer, que si despues de otorgar el poder al tiempo de firmar estuuo el señor Conde con delirio, como està dicho, que en el acto antecedente del otorgamiento del poder estuuiesse dicho señor Conde-Duque en su juizio natural, por quanto la disposicion del celebro que ocasiona el delirio en dicho tiempo no se quitò; y pues huuo disposicion para el delirio en el celebro al tiempo de firmar el poder, la misma auia antecedente al tiempo del otorgamiento; porque como tiene dicho el testigo, la frenetis no padece, ni permite delirio interpolado; y assi si le huuo, como le huuo en vn tiempo, luego tambien en otro.*

379 Tampoco es razon Medica la que se concibe en la primera parte del §. referido, ibi: *No es de creer que si despues de otorgar el poder al tiempo del firmar estuuo el señor Conde con delirio, como està dicho, que en el acto antecedente del otorgar dicho poder estuuiesse dicho señor Conde en su juizio natural*; porque esto es hazer supuesto de la duda, como dixo el Iurisconsulto para desestimarle, *in leg. Imperatores, ff. de tutelis*, ibi: *Cum hoc ipsum quaratur an aliquid tibi à tutoribus debeatur, non habet locum postulatio tua volentis in sumptum litis ab his tibi pecuniam subministrari.*

380 Siendo el supuesto el de la demencia al tiempo del firmar incierto, como mal inducido de los actos, y palabras que en la razon antecedente expressò el Doctor Maroja, y que quedaron *supr. num.* 374. exemptas del argumento de furor, desfallece la consequencia que deduxo de semejante supuesto, y queda en terminos el juizio que hizo sin razon medica en las palabras: *Porque no es de creer*, de juizio propio, desnudo de razon, y vestido de su temeridad, y afecto, no siendo ponderables los testigos que en semejante forma deponen, *vt fundauimus supr. num.* 294.

381 En lo que añade: *Por quanto la disposicion del celebro, que ocasionò el delirio en dicho tiempo que otorgò dicho señor Conde-Duque el poder, no se quitò; y pues huuo disposicion para el delirio en el celebro al tiempo de firmar el poder, la misma auia antecedentemente al tiempo del otorgamiento.* Tampoco añade en esto cosa substancial, *& adhuc*, se queda en los terminos referidos de hazer duda del supuesto; con que teniendo la falencia ponderada, queda tan despreciable esto como lo precedente.

382 Bien lo reconociò assi el Doctor Maroja, y que iba todo lo que avia expressado sobre supuesto incierto, destituido de los principios de medicina, en que avia querido fundar la demencia de el señor Conde, y de las razones externas con que no pudiera persuadirlo; y assi privado de las que no tuvo, ni pudo tener, ni su buen deseo ponderar, recurriò vltimamente à la repeticion de la calidad de la enfermedad en lo que prosigue, diziendo: *Porque como tiene dicho el testigo, la frenetis no padece, ni permite delirio interpolado; y assi si le huvo, como le huvo, en vn tiempo le huvo en el otro*; cuya razon reservada para la calidad de la enfermedad llevarà su merecido en la parte que le corresponde, dexandonos aora con el consuelo de que avien-

aviendo ofrecido la persuasion de la insania del señor Conde por el numero plural de principios llanos de medicina, no ha descubierto alguno, ni otro que vn solo supuesto hijo de su arbitrio, acompañado del follage estraño de reglas, tan incierto, como propio de su arrojo.

383 Añade por quinta razon: *Porque en el dicho tiempo de el alivio se le advirtiò à dicho señor Conde el peligro, y riesgo de la vida, para que hiziesse algun acto de contricion, y entonces en lugar de compungirse, ò mostrar sentimiento, se reìa, sin hazer reparo de cosa que tanto importaua; lo qual no puede caber, ni cabe en hombre de juizio sano.*

384 En esta razon, en que es parcial con el Padre Ripalda el Doctor Maroja, como hijos de vna misma passion, quisieramos que interrogado nos enseñara donde estàn los principios llanos de la Medicina, porque en lo propuesto descònocemos sus reglas, y lo que hallamos son vnas demonstraciones estrañas de ellas, y capaces de sujetarse al arbitrio de quien no huviesse professado semejante sciencia, y discernir, ò la insania, ò integridad de el juizio del señor Conde, con que el Doctor Maroja nos comunica en esto otra ocasion de notarle su temeridad, por el debil, ò ningun motivo en que funda su pericia.

385 Pero para no dexar con indicio de furor estas demonstraciones, yà que carezcan de la estimacion de reglas, y principios de Medicina, acordamos lo fundado *ex num.* 303. donde en satisfaccion de los motivos, y razones de el Padre Ripalda, ponderamos ser hija la immutabilidad de el señor Conde de la conformidad christiana, y verdadero desengaño de las inconstancias de esta vida, y como por este conocimiento, y otras ocurrencias del dia Miercoles tuvo causa en el señor Conde la alegria sin olvidarse de las lagrimas con oportuna distribucion de vnos, y otros afectos, probando cócluyentemente ser los que acusa el Doctor Maroja compatibles con la integridad del juizio, y no efectos de su desconcierto; y deduciendo aora su ossadia, quando en lo que ha sufrido tan cóvincente satisfaccion, concluya el Doctor Maroja con el encarecimiento que inducen sus palabras: *Lo quàl no puede caber, ni cabe en hombre de juizio sano.*

486 No proponiendo debaxo de esta pregunta quarta de tenuta, y tercera de propiedad el Doctor Maroja otra especial razon de que induxesse la insania de el señor Conde, por ser generales, y repetitivas de la calidad de la enfermedad, las que prosigue; hazemos transito à lo que depone debaxo de la quinta de tenuta, y sexta de propiedad, *Memor. fol.* 257. *num.* 684. sobre la qual expressa, *Que dize lo que dicho tiene, y que como lleua dicho, se reia aquella mañana* (habla de el Miercoles) *dicho señor Conde quando llegò la señora Condesa, y con el dicho Marquès de Mayrena, y otras personas que alli se hallaron, y solo dezia de si, y de no, incitado de lo que se le preguntaua.* Y porque tenemos dada satisfaccion à lo contenido en esta respuesta, tanto por lo respectivo à la risa desde el *num.* 304. como à lo tocante à las respuestas de si, y de no, *ex num.* 308. escusando la

mo-

molestia de repetir los convencimientos, razones, y motivos de eximirlo de el argumento de furor, passamos à otras preguntas.

387 Debaxo de la sexta de tenuta, y septima de propiedad, *Fol.* 260. *num.* 706. no depone cosa alguna tocante al Miercoles, en que el señor Conde consiguiò la mejoria, y otorgò el poder, y solo habla de la invocacion de los Santos, y Psalmos que en los dias precedentes rezava sin oportunidad; porque aunque esto no percute el tiempo de el testar, como era necessario, *vt fundauimus supr. num.* 189. se articulò por el señor Marquès para desvanecer la defensa del señor Duque; con que quando lleguemos à los terminos de ella, tendrà su lugar la deposicion de el Doctor Maroja en este punto, y militando lo mismo sobre lo articulado, y depuesto en las preguntas septima de tenuta, y octava de propiedad, *Fol.* 263. passamos à reconocer al Doctor Maroja en otra.

388 Debaxo de la octava de tenuta, y novena de la propiedad, *Fol.* 265. *num.* 733. que es mas substancial, porque toca en el dia Miercoles, dize: *Que despues de aver recibido el señor Conde el Viatico, que fue dicho Miercoles por la mañana, le continuò el delirio, no con la fuerça, y vigor que en los dias antecedentes, porque estuvo quieto, y sin hazer fuerça alguna, y comiò con quietud, si bien olvidandose de que comia, y quedandosele el bocado en la boca, hasta que se le advertia para que lo tragasse, que fue indicio del acometimiento que hizo el humor à la cabeça, con que se le siguiò à cosa de la vna de la tarde el sopor.*

389 Si el Doctor Maroja quisiera, y tratara como deviera de persuadir la integridad del juizio del señor Conde, no pudiera aver hallado mas congruente razon, que la que nos comunica debaxo de esta pregunta, ibi: *Porque estuvo quieto, y sin hazer fuerça alguna, y comiò con quietud,* que es lo que obran los sugetos cuerdos, y prudentes, y lo totalmente opuesto à lo que avia exercitado en los dias en que se hallò posseido del delirio; pero aver inferido su continuacion de la quietud, y sossiego expressado, no sabemos que sean principios llanos de medicina, sino encuentros, y oposiciones de vn animo apassionado, y consequencias agenas de antecedentes, incapaces de producirlas.

390 Y olvidarse de que comia, quedandosele el bocado en la boca hasta que se le advertia, como supone el Doctor Maroja, tampoco es argumento de furor, por no ser acto desordenado, ni ageno de lo que puede ocurrir, y ocurre con frequencia à qualquiera persona de sano juizio, sino efecto de la inapetencia comun en los enfermos, como en muchas ocasiones la suspension, y divertimiento en los vigorosos, y sanos; y antes bien, si requerido de agena advertencia tragava los bocados, es señal que el discurso raciocinava, rindiendose con reflexion sobre los avisos, y querimientos de la instancia.

391 Debaxo de la nona pregunta de tenuta, y dezima de propiedad, *Memor. fol.* 266. *B. num.* 752. no depone cosa especial que conduzga al

 su-

furor,conteniendose solo en la solicitud de las personas de la casa del señor Conde para que hiziesse testamento,lo qual apela para otro punto de los muchos con que viciosamente se ha deseado impugnar su deposicion.

392 Asimismo es ageno del furor lo que depone debaxo de la dezima pregunta de tenuta,y vndezima de propiedad, *Fol.* 270. *num.* 773. antes bien como propio lo que refiere de la sana mente del señor Conde, harèmos reflexion sobre ello para persuadirla,y convencer al Doctor Maroja,en las partes donde convenga.

393 Debaxo de la vndezima pregunta de tenuta, y duodezima de prodiedad,*Fol.*271.*B.*lo que se articula principalmente es; que Bernardino de Benavides,Escrivano ante quien se otorgò el poder,propuso que seria bien que le otorgasse, y que hizo al señor Conde diversas preguntas, que omitimos por ser para el punto;si la disposicion fue ad interrogationē, y agena de la voluntad del señor Conde;pero porque al fin de la pregunta se buelve à dàr vn retoque sobre su capacidad:lo que debaxo de la pregunta depone el Doctor Maroja,examinado en tenuta, *num.*784. *es*, *que al tiempo de las dichas preguntas el señor Conde estuvo con el delirio,como el testigo lo tiene dicho en la quarta pregunta; y otras del interrogatorio*, sin expressar otra razon para ello, que las que ya quedan convencidas; y aun reconociendo el mismo Maroja en esta misma deposicion lo que no puede negar para su convencimiento,ibi:*Y aunque en las tres primeras preguntas que el dicho Escrivano le hizo al dicho señor Conde-Duque acerca de heredero; testamentario, y sepultura; parece que hablava dicho señor Conde-Duque consiguientemente à lo que se le preguntava.* De lo qual podemos dezir;como diximos *supr.num.*389.que deviera sacar consequencia favorable sobre la integridad de el juizio de dicho señor Conde, y no proponer vn delirio mal inducido,à vista de vna antecedente tan opuestamente figurado.

394 Sobre las demàs preguntas del interrogatorio del señor Marquès no ha depuesto otra cosa alguna este testigo,solo debaxo de la duodezima pregunta de tenuta,y dezimatercia de propiedad, *Fol.*272.*B.* reconvenido de vna repregunta sobre el delirio; lo que acordarèmos adelante quando le formemos el cargo de ella para otro convencimiento.

395 La referida ha sido toda la deposicion del Doctor Maroja,distribuida por las preguntas del interrogatorio de los señores Marqueses, y por ella,sin desconocer las reglas de Derecho; no se podrà afirmar que quede persuadida la insania, y el furor del señor Conde en el dia Miercoles 19. y acto del otorgamiento del poder para testar,faltandole à la deposicion las razones que eran indispensables para que mereciera credito, y conteniendo la temeridad que incluye para debilitarle,aviendo convencido de insuficientes las que expressò su ossadia,y arrojo,sobre estrañas de los principios de medicina; con que la presumpcion despeñò su depravada voluntad,sin averle observado otra que la de la calidad de la enfermedad,funda-

dada en el arbitrio de su intencion, debaxo de vnos supuestos de omnimoda incertidumbre.

396 No solo por la deficiencia de razon, y reparos expressados es indigna de credito; sino es por los convencimientos que se iràn notando con reflexion à lo depuesto.

397 Desde el *num.* 242. hasta el *num.* 259. probamos con evidencia el alivio, y intervalo del Martes en la tarde: luego està convencido el Doctor Maroja en aver depuesto debaxo de la pregunta quarta de tenuta, y quinta de propiedad, *num.* 611. que el señor Conde no consiguiò mejoria hasta el Miercoles por la mañana.

398 Debaxo de la referida pregũta quarta de tenuta, y quinta de propiedad, *Fol.* 231. *n.* 610. depuso como expressamos, que el referido dia Miercoles por la mañana conociò al Marquès de Mayrena que estava sentado en la cama, llamandole por su nombre, ibi: *Y en este tiempo conociò al Marquès de Mayrena, que estàvà sentado en la cama, llamandole por su nombre.* Y debaxo de la dezima pregunta de tenuta, y vndezima de propiedad, *Fol.* 270. *num.* 773. que aviendo sido llamado Bernardino de Benavides para el otorgamiento del poder, aviendo preguntado al dicho señor Conde; si queria hazer testamento? respondiò, que no estava para ello, ibi: *Dicho Escrivano preguntò al señor Conde, si queria su Excelencia hazer testamento; y el dicho señor Conde-Duque respondiò, que no estaua para ello:* y que replicado del Escrivano, que con poder que otorgàsse bastava para hazerle; y preguntado el dicho señor Conde, si le queria otorgar? Respondiò: *Que si*, ibi: Y preguntando el dicho Escrivano al señor Conde, à quien nombrava por testamentarios? Respondiò el dicho señor Conde-Duque: *A la Condesa.* Y preguntandole el dicho Escrivano, à quien queria dexar por heredero? Respondiò: *A la Condesa.* Y preguntando el dicho Escrivano al dicho señor Conde-Duque, donde queria enterrarse? Respondiò: *Que en su Convento de Loeches.* Y debaxo de la vndezima pregunta de tenuta, y duodezima de propiedad, *Fol.* 271. *B. num.* 784. no pudo el Doctor Maroja dexar de confessar; como confessò; la verdad de las respuestas consequentes del señor Conde à lo que se le preguntava, ibi: *Y aunque en las tres primeras preguntas que el dicho Escriuano le hizo al dicho señor Conde-Duque acerca de heredero, testamentario, y sepultura; parece que hablava dicho señor Conde-Duque consiguientemente à lo que se le preguntava.* Lo qual por la probança de los señores Duques resulta mas exuberantemente, que por no necessitarla por aora, la omitimos en este punto.

399 Luego el Doctor Maroja està convencido en aver depuesto debaxo de la quarta pregunta de tenuta; y quinta de propiedad, *Fol.* 231. *num.* 610. que el señor Conde el dia Miercoles respondiò à lo que se le pregũtava, *diziendo solamente de si, ò de no.* Y en quanto al acto de testar, y confessar: *Que presumia, y juzgaua de lo que viò, y reconociò entonces, que solo diria de si, ò de no à lo que se le preguntaua, como lo hazia à las de-*

màs

mas preguntas que poco antes se avian hecho por el testigo, y los demàs, y que de su motivo, y sin incitarle no diria cosa alguna concertada, y con razon. Et per consequens, le comprehende la regla de que el testigo convencido, y contrario en si mismo sobre lo que depone no merece estimacion ninguna, *vt fundauimus supr.num.* 334.

400 El Padre Ripalda en su deposicion no dize cosa alguna sobre averse confessado el dicho señor Conde, ni tardado poco, ò mucho tiempo en este acto, ni otra circunstancia alguna que conduzga à èl.

401 Debaxo de la duodezima pregunta en el juizio de tenuta, y dezima en la propiedad en la Chancilleria, y dezima en el Consejo de la probança de los señores Duques, *Mem.fol.*418.*ex num.* 1473. como lo dexamos supuesto *supr.num.* 319. copioso numero de testigos mayores de toda excepcion, y entre ellos muchos Religiosos, y algunos del Colegio Imperial de la Compañia de esta Corte, deponen del acto de la confessión el largo espacio que durò, y de aver publicado el Padre Ripalda quan à satisfaccion suya avia sido, y quasi generalmente, dando gracias à Dios por este beneficio, y por aver restituido al señor Conde-Duque à la integridad de su juizio para lograrle recibiendo infinitas enhorabuenas, sin que esto pueda admitir controversia, como se repetirà en el discurso sobre lo probado de los señores Duques.

402 Luego el Doctor Maroja està convencido en aver depuesto assimismo debaxo de la referida quarta pregunta de tenuta, y quinta de propiedad, *num.*610. lo que calla, y no se atreviò à dezir el Padre Ripalda, à quien se refiere como incierto de que no estuvo confessando al señor Conde aun el tiempo que era necessario para absolverle; y que le avia dicho que el aver salido de la pieça con tanta brevedad avia sido por no aver hallado capaz al señor Conde para confessarle, *& sic* juntamente por este convencimiento carece de credito el Doctor Maroja en todo lo que depone, *vt fundatum est.*

403 Y aunque por evitar la falsedad, y convencimiento de el testigo, se deve procurar la concordia, y buscar la interpretacion en las deposiciones que fuere possible, *ex cap.cum tu, de testib.* no puede compadecerse la suma brevedad que el aliento del Doctor Maroja propone en el acto de la confession del señor Conde con el mayor espacio de tiempo que incluyen los demàs testigos, assi por lo que percibieron de este acto, como lo que oyeron al Padre Ripalda, omnimodamente contrario à lo que el Doctor Maroja ha expressado.

404 Ni tampoco en esto vltimo se le podrà solicitar la cõcordia con la possibilidad de que en publico declarasse el Padre Ripalda la perfecta, y quasi general confession de el señor Conde, y que en secreto huviesse dicho al Doctor Maroja q̃ no le avia hallado capaz para este acto, pues por la infidelidad de lo que aviendo sido para todos publico calla, no le devemos suplir lo que artificiosamente finge, *ex dict.cap.*1.*de crimine falsi.*

Y

405 Y porque deviendo ser la interpretacion para obviar la falsedad, encuentro, ò repugnancia probable, congruente, verosimil, y consonante con la verdad, como lo advirtiò Farin. *quæst* 65. *num.* 90. ibi: *Quod ista interpretatio debet esse probabilis congrua, & consona veritati aliàs non solum testes, non sunt concordandi, sed etiam falsi reputandi*, Petra *de fideicomm. quæst.* 12. *num.* 1028. no cabe probabilidad, congruencia, verosimilitud, y consonancia con la verdad; que afectando el Padre Ripalda, como se quiere suponer, para satisfacer al mundo la confession del señor Conde con integridad de juizio, y quasi general, frustre, y desvanezca estos fines con dos imprudencias de que es preciso cargarle por redimir al Doctor Maroja de oposicion en lo que dize: Vna, de salir del dormitorio del señor Conde tan instantaneamente como entrò: Otra, de violar el sigilo immediatamente de lo que afectava, y dissimulava, y con vn sugeto como el Doctor Maroja, tan poco experimentado para su observancia, como forastero para la inconfidencia.

406 No se contienen en los referidos los convencimientos del Doctor Maroja; porque *adhuc*, como se irà manifestando, restan otros de no inferior importancia, en que para comunicarlos nos ha sido proficua su inadvertencia.

407 Con ella movido de la verdad en diferentes ocasiones que ocurrieron, dixo, y publicò la integridad del juizio del señor Conde en el dia Miercoles, y que con esta integridad avia recibido los Sacramentos, y otorgado el poder que otorgò para testar, como de aversel o oìdo lo deponen el Doctor Pedro Tendero, *Mem. num.* 1930. ibi: *Que vn dia despues de auer llegado el Doctor Maroja à Valladolid de la curacion del señor Conde, preguntandole como le auia ido, le dixo, que quando llegò le hallò sin juizio, y en virtud de vn remedio, que cree le dixo fue vna ayuda, se auia aliuiado, y quietò del delirio, y en este tiempo auia podido recibir los Sacramentos, y dar poder à la señora Condesa, à la qual dexava por heredera.*

408 El Licenciado Diego de Leon, *num.* 1163. Cura del Hospital de Esgueva de Valladolid, dize: *Que el año de 1645. por el mes de Iulio por la tarde (que el dia no se acuerda) estando el testigo en casa de el Doctor Tendero, entre las dos, y las tres de la tarde entrò el Doctor Maroja à dar cuenta de su venida al Doctor Tendero, el qual refiriò en presencia de el testigo, entre otras circunstancias de la enfermedad, y cura de el señor Conde-Duque, que hallandole vn dia Miercoles por la mañana en su entero juizio, de que auia estado enagenado desde que le viò, y hizo la primera visita dicho Doctor Maroja; y que auiendo hecho junta el susodicho, y los demàs Medicos que le assistian, resolvieron auisar à la señora Condesa de la mejoria del señor Conde, y peligro de su enfermedad, y que tratasse de recibir los Sacramentos, como con efecto lo auia hecho estando muy en su entero juizio, y capacidad; y que tambien en el dicho tiempo de la mejoria el señor*

ñor Conde auia dado poder para testar à la señora Condesa, y que por no auerle podido firmar le auian firmado los testigos por su Excelencia.

409 El Doctor Antonio de Requena, Cathedratico de Medicina de Anatomia en Valladolid, *Mem. num.* 1415. *Que luego que bolviò el Doctor Maroja de la curacion del señor Conde, como su amigo, y por la curiosidad, le preguntò el caso, èl le respondiò, que le hallò con grandes crecimientos, que los vltimos le enagenauan totalmente de su juizio; que vn dia le parece le dixo (tres antes de su muerte) amaneciò con mejoria, tanto que estaua tan en su sano juizio como siempre en salud, respecto de lo qual por gozar de la ocasion que se juzgaua por milagrosa; se confessò de orden de dicho Doctor Maroja, y consiguientemente otorgò poder para testar à la señora Condesa muy de su propio motiuo, sin que nadie le insinuasse lo que auia de hazer, nombrandola por heredera, y señalando sepultura en Loeches; lo qual auia hecho con tanta capacidad, que manifestaua estar en su sano juizio; en cuya consequencia fue testigo del poder, y lo firmò, y que en la misma conformidad recibiò el Viatico.*

410 Don Antonio de Calatayud y Toledo, Conde de Villamonte, *Mem. num.* 1932. *que hallandose en Soria, por medio de vn criado de su casa, el dicho Doctor Maroja, como su amigo, le embiò vna relacion de el sucesso, por ser tan ruidoso, aunque la ha buscado, no la ha hallado, y le parece dezia, que quando llegò le hallò con frenesi, y delirio, y con remedios que se le ordenaron, le restituyò à su entero juizio, y que en este tiempo se confessò, y dispuso sus cosas; y diò poder à la señora Condesa para testar.*

411 Luis Andres Velazquez de Velasco, Conde de Escalante, *Memor. num.* 193. *que aviendo venido à Valladolid, recien muerto el señor Conde, el Doctor Maroja le visitò, y le dixo, que quando llegò à Toro hallò al señor Conde muy malo, y no en su juizio, y haziendole vn medicamento, le diò vn desconcierto, con que el Miercoles por la mañana le hallò muy libre la cabeça, y dixo que podian darle los Sacramentos, y èl se hallò al administrarselos, y al poder para testar; y que en este tiempo estava en su entero juizio, y todas las demonstraciones eran de tal.*

412 Don Andres de Bustamante, vezino de Toro, *Mem. num.* 1403. *que por Enero de 47. fue Maroja à Toro à curar al Marquès de Malagon, y estando en casa de dicho Marquès se ofreciò hablar del aprieto de la enfermedad del señor Conde, el testigo le preguntò le dixesse, què juizio tenia quando otorgò el poder; y èl le respondiò, bueno, buen juizio tenia quãdo otorgò el poder; y con estrañeza Maroja le repreguntò, pues què, ay algo en esso? y el testigo le respondiò, que no, sino que como se hablava de la materia, gustava saberlo.*

413 El Doctor Francisco de Medina, *Mem. num.* 1934. *que à cosa de vn año poco mas, bolviò à Toro el Doctor Maroja à curar al Marquès*

què de Malagon; y el testigo le dixo: No es bueno que corre opinion que el señor Conde quando otorgò el poder no tuvo juizio cumplido! A que respondiò Maroja: Riase de esso, como puede faltar lo que tres Medicos asseguramos?

414 Bernardino de Benavides, *Mem.num.* 1937. dize, *Averle oìdo lo mismo à dicho Doctor Maroja en la misma ocasion que bolviò à Toro à curar al Marquès de Malagon*: demàs de lo qual contextan en estas confessiones que hizo Maroja estando en Toro despues de otorgado el poder, y continuadamente en Valladolid, el Padre Fr. Bartolomè Diaz, *Mem. num.* 1939. Don Diego de Araque, *num.* 1941. Alonso Gil, *num.* 1943. Don Diego Llamacanes, *num.* 1949.

415 Y convienen en esta verdad, y la suponen algunos testigos de el señor Marquès, como son el Padre Fr. Francisco de la Madre de Dios, quien *Mem.num.* 650. dize, *Que el dia Miercoles quarto de la enfermedad de el señor Conde se publicò en la Ciudad que avia mejorado del delirio, y furia por medio de los Medicos que le assistian, y en especial el Doctor Maroja, y el Doctor Medina.*

416 Alonso Perez Asturiano, *Mem.num.* 647. que aun siendo el testigo mas afecto, y apassionado del señor Marquès, y de cuya deposicion trataremos adelante, supone por autor de la publicacion la integridad del juizio del señor Conde en el referido dia Miercoles al Doctor Maroja; pues dize, *Que aquella mañana del Miercoles con el alboroço le subiò à ver, y saliò del quarto detràs del dicho Doctor Lazaro de la Fuente à preguntarle lo que sentia de la mejoria que dezia el Doctor Maroja, y le respondiò, que no avia llegado el Sabado, que dixesse lo que quisiesse el Doctor Maroja.*

417 Luego si se percibe con evidencia de las deposiciones de estos testigos, que el Doctor Maroja quando libre de la prenda de la passion con que fue posseido para serlo en este juizio, publicò en todas ocasiones la capacidad del señor Conde; siguese por consequencia legitima, que no ha expressado la verdad en lo que ha depuesto, y que se halla convencido en todo ello, negando esta capacidad en el acto de el poder, y administracion de los Sacramentos con ella, incurriendo en la indignidad de receder de lo que primeramente sintiò, publicò, y confessò, como con el text. *in l. generaliter, Cod. de non numerat. pecun.* y sus palabras, lo notamos assimismo contra el Padre Ripalda *supr. num.*

418 *Vlterius*, porque es innegable que aviendose reconocido la mejoria del señor Conde el referido dia Miercoles à las quatro de la mañana, se hizo junta de Medicos sobre ella, con assistencia del Padre Ripalda, en que no se duda intervino el Doctor Maroja, resolviendo, y decretando, cō el conocimiento de la integridad del juizio del señor Conde, que dispusiesse sus cosas, y recibiesse los Sacramentos, como està referido con la comprobacion indubitable de todo, *supr. num.* 318.

419 Y lo que mas es, que el mismo Doctor Maroja lo vino à confessar en su deposicion, *Memor.num.* 610. ibi: *Dispuso el testigo, que al punto en la forma que pudiesse, y al juizio del Confessor, y Cura se confessasse, y recibiesse el Santissimo Sacramento, que hiziesse el testamento, y lo demàs que à esto tocasse.*

420 Luego si con el supuesto examen, y conocimiento que en la junta se hizo de la integridad del juizio del señor Conde, cooperò el Doctor Maroja en que confessasse, recibiesse el Viatico; y dispusiesse sus cosas, siguese que està convencido con evidencia en lo que posteriormente ha depuesto contra la sana mente, y capacidad del señor Conde para hazerlo, y que ha recedido voluntariamente como testigo de lo que aprobò deliberadamente, por la necessidad de su profession, y obligaciones de su encargo, desmereciendo fee, y credito en lo que dize, por la oposicion, y encuẽtro que tiene con lo que obrò, militando contra esta posterior deposicion, aunque judicial, lo que propusimos contra el Padre Ripalda, *supra ex num.* 324. *& ex num.* 334.

421 Sin que deva relevarle de la nota que incluye el reparo advertido, y ponderado la qualidad que añade, y la que supone, *que dispuso que el señor Conde hiziesse estos actos*, scilicèt, *en la forma que pudiesse, y al juizio del Confessor, y Cura.*

422 Lo primero, porque la dicha qualidad carece de comprobacion, y resulta lo contrario por las deposiciones del Doctor Medina, Lazaro de la Fuente, y los demàs testigos que depusieron en el lugar citado sobre la resolucion de la junta, y en el antidoto con que por esta qualidad quiso el Doctor Maroja preservarse de los achaques de repugnante, y cõtrario en si mismo, le advertimos sin algun alivio, y antes con el gravamen de otro mas insanable defecto, y perniciosa enfermedad.

423 No la fundamos en la variedad que tiene en lo referido con el Padre Ripalda, pues este dize que remitiò *al juizio del Cura*, la capacidad del señor Conde, y el Doctor Maroja *al del Padre Ripalda, y el Cura*, aunque devemos notarla para que se conozca la inconstancia de los dos, y quan corta estimacion se deve hazer de su juizio en lo que deponen sobre la integridad del ageno.

424 Tampoco la fundamos en que aya depuesto la incapacidad del señor Conde por principios llanos de Medicina, y por incluir la calidad de la enfermedad delirio inseparable, y perpetuo; y en otra parte, que lo que obrò no cabia *en persona de cabal juizio*, que todo supone vn conocimiento indubitado, y nos diga à este tiempo con oposicion de lo que por infalible tiene declarado, que *dispuso que al punto en la forma que pudiesse, y al juizio del Confessor, y Cura, se confessasse, recibiesse el Santissimo Sacramento, y hiziesse testamento*, como si cupiessen possibilidades donde los principios llanos de Medicina no lo permiten, ò en el juizio del Cura, y Confessor padeciessen excepcion sus reglas.

En

425 En lo que se deve hazer especial reflexion, y meditar con suma advertencia, es, que vn Medico de la opinion, que no impugnamos sobre estas oposiciones, y para evitar el escollo de sus encuentros, aya incidido en el precipicio de prorrumpir las palabras que componen la qualidad expressada, con el riesgo de que le formemos este argumento: O el Doctor Maroja conociò, como fue cierto, la capacidad del señor Conde, y por ella con los demàs Medicos, decretò, y resolviò que confessasse, recibiesse el Viatico, y dispusiesse sus cosas, en cuyos terminos lo que aora ha depuesto como testigo, cõtiene incertidumbre: O no conociò, ò dudò de la integridad del juizio; y en ambos casos, y qualquiera de ellos contiene la misma falencia lo depuesto, por ser con suma arrogancia afirmativo de la demencia, sobre incompatible, con la noticia de los principios llanos de medicina que afecta: O cõ ellos como dize fue indubitada la capacidad que supone, y en averla callado, y no advertido faltò à su obligacion, cooperando en que insano el señor Conde se le administrassen los Sacramentos; y lo que no puede tener aparente color de disculpa el que testasse, perjudicando à los interessados en sus bienes, falleciendo sin semejante disposicion, deviẽdo reparar las perniciosas consequencias de ella; con que por todas consideraciones es indigno de credito, *ex dict. supr. num.* 334.

426 No se contiene el convencimiento en lo que ha depuesto con lo que obrò, cooperò, resolviò, y decretò para que el señor Conde confessasse, recibiesse el Viatico, y testasse, sino que passa adelante, y se coadiuva, y corrobora en lo que obrò, autorizando, y aprobando su disposicion, y la sana mente que supone, siendo vno de los testigos que asistieron à firmar el poder; por cuya razon es desestimable todo lo depuesto contra èl, por la doctrina singular de Ægid. Bosio *in prax. tit. de fals. num.* 11. y de Pet. Surd. que le cita en el *cons.* 14. *num.* 76. donde dize, que si el testigo en el testamento confiessa averlo sido attamen, examinado despues en juizio, niega aver oìdo lo que el testador dispuso, en quanto à esto no deve ser creìdo, porque alega su torpeza, ibi: *Vbi testis est rogatus, & fuit adhibitus ad actum testandi si posteà in iudicio examinatus dicat se non audiuisse nullam meretur fidem, & ei non creditur*: y dà la razon Pedro Surdo, que en el mismo caso refiere Bosio, ibi: *Dum dicit non audiui notat se ipsum, id est, allegat suam turpitudinem, quod facere non potest, leg. cum profitearis, C. de reuoc. donat.*

427 Y si conforme à estas doctrinas à vn testigo que permitiò serlo de vn testamento ex eo, que ya lo fue, tuvo obligacion à oìr lo que el testador dispuso, no se le cree despues, si dize que no oyò la disposicion, *quia supponit turpitudinem*; què credito no desmerece la torpeza de el Doctor Maroja, asistido de superiores prerrogativas, y circunstancias para la advertencia de su obligacion, pues concurrian en su persona, sobre la de testigo, la de Medico, y Medico de la enfermedad del señor Conde, asistiendo à vn acto de que no ignorava requeria entera capacidad, y lo autoriza

con su firma, y despues judicialmente supone que fue nulo este acto por defecto de capacidad.

428 Lo qual corrobora la doctrina de Baldo *in l. fin. C. si certum petatur*, quien resuelve, que el testigo que firma el testamento, es visto probar lo contenido en èl, id tenet Bart. *in l. si quis neget, ff. quem test. aper.* Anchar. *in cap. cum Ioannes, de fid. instrum. num.* 12. Petr. Surd. *cons.* 378. *n.* 22. *& num.* 19. ibi: *Ex quo passus est se rogari in testamento, & scribi pro teste rogato videtur approbasse omnia adeo, quod nunc non potest reprobare.*

429 Comprobat idem in proprijs terminis Camil. Borrello, en vn caso, en que tres testigos instrumentales, despues de aver subscripto el testamento, depusieron, que al tiempo del otorgamiento no estava el testador en su sano juizio; y afirma con prueba, y califica con la *decis. del Cons. Neapolit. en el consejo sub controuersia* 44. que no se les deve dar credito, *ibi in num.* 12. *Quinimò dicti tres testes testamentarij estò quòd rectè furorem deponerent adhuc ex pluribus capitibus, quæ industria omitto; sed ex illo specialiter, quod tempore testamenti in publicam, & authenticam formam redacti eorum proprijs manibus subscripserunt, quo in casu subscribens habetur pro vero consentiente; & omnia in eadem scriptura contenta videntur virtualiter confirmasse.*

430 Menoch. *de arbitraris, cas.* 105. *num.* 23. ibi: *Cum vnus testis se subscriuit testamento, & deinde vult contradicere non auditur*; y aun resuelve juntamente, que puede ser castigado de falso, ibi: *Et tenetur de falso.*

431 Borrellus *vbi supr. num.* 13. ibi: *Vndè qui se subscripsit testamento non potest, post modum contra testamentum deponere.*

432 Gratian. *discept.* 843. *num.* 17. ibi: *Quia istimet testes contrarium deponunt, eius quod scripserunt in testamento consignato notario, vndè tamquam contraria deponentes non probant.*

433 Sesse *decis. Arag.* 119. *vers.* 2. *num.* 34. ibi: *Nam quando testis se subscripsit, & firmauit non creditur ei contrarium postea asserenti, quia se ipsum notat* Altograd. *cons.* 50. *num.* 53. Trentacinquio *lib.* 2. *var. resolut. tit. de fide instrument. resol.* 66. *num.* 7. Capicio Latro *decis.* 192. *num.* 5. ibi: *Tamen quando quis semel se subscripsit hæc subscriptio, præfertur dispositioni contrariæ etiam iuratæ, & iudiciali postea factæ*, Giurb. *cons.* 78. *num.* 10.

434 Copiosè, & latè Iul. Capon. *tom.* 5. *disc. forens. discept.* 370. *ferè per tot. præcipuè ex num.* 50. ibi: *Id verò facili negotio resolvitur, firmiter asseuerando nedum actoris testes, vti testamentarios non præferri, verumetiam illos, quia testamento subscripserunt deponentes posteà contra testamentum, nihil planè probare, nec fidem aliquam ijsdem adhiberi posse. De iure enim testes subscribentes testamento videntur, tunc tacitè deposuisse iuxta contenta in ipso testamento, & functi videntur eorum officio; prout*

ex

ex text. in l. si non speciali, 19. C. de testam. post Castr. & Salic. ibi tradunt Surd. *dict. cons.* 414. *num.* 77. *& seqq.* & Altograd. *cons.* 50. *num* 30. *Nec post tacitam illam depositionem pro testamento possunt deponere contra testamentum alioquin nullam merentur fidem, & se ipsos notare videntur propriam allegantes turpitudinem; vt in proprijs terminis singulariter trad.* Bos. *tit. de fals. num.* 11. *&c.* Et inferius, ibi: *Quonam pacto contra eorum tacitam depositionem, subscriptionem, & declarationem, testamenti fidem euertere poterunt? propriam allegantes turpitudinem, vt suprà est ponderatum.*

435 Mirabiliter Luca *de test. discurs.* 39. *num.* 14. ibi: *Ac vlterius cum ex suprà deductis, ac pluries in pracedẽtibus testes subscribendo, approbare dicantur ea qua per notarium gesta sunt; ita contrarium asserendo, contrarij dicendi sunt propriam turpitudinem allegantes. Quamvis enim Spada, dict. cons.* 90. *lib.* 1. *& cons. sequent. cum cuius authoritate in primis decisionibus proceditur, cæteris relatis probet, vt non prohibeantur testes testamẽtarij notarium convincere de falsitate, atque probare contrarium eius, quòd in scriptura reperitur; attamen id rectè procedit ad dictum effectum, atque vbi notarius alteret veritatem actus eo modo quo verè coram eis gestus est, & in his terminis omnes loquntur; secus autem vbi agitur de statu testatoris quem omnes videbant adeò, vt equale sit delictum notarij, ac ipsorum interveneniium, ac subscribentum testamento condito per eum quem videbant furiosum, ac intestabilem, vt ita distinguendo advertitur in posterioribus decisionibus.*

436 *Ex quibus remanet comprobatum*, no solo el convencimiento; sino que este testigo no solo no puede ser favorable al señor Marquès en quanto recede, y se aparta en su deposicion de lo que aprobò con la censura de su dictamen, y autoridad de su firma, sino que por esto es contra *producentem*; y en favor de los señores Duques; quedando ilessa la proposicion como verdad infalible de que los tres Medicos calificaron la integridad de el juizio del señor Conde con la vniforme resolucion de que confessasse, recibiesse el Viatico, y testasse.

437 Al cargo de estos encuentros; no pudiendo satisfacer con estimables motivos que los que resolviesse, ò conciliasse, reconvenido de vna pregunta debaxo de la *duodezima pregunta de tenuta*, *y dezimatercia de propiedad, num.* 800. respondiò con vna gran copia de inverosimilitudes, ceguedades, torpezas, y desaciertos, como de la misma repregunta, y su respuesta se colige, ibi: *Y preguntado como el testigo lo fue instrumental del dicho poder que el dicho señor Conde-Duque otorgò para testar, firmandole como los demàs testigos, si tenia por cierto que el dicho señor Conde-Duque al tiempo del otorgamiento del dicho poder, y quando le quiso firmar su Excelencia estaua enagenado de su entendimiento natural, falto de memoria en lo que hazia, como lo tiene depuesto el testigo en la vndezima pregunta; porque el testigo tocandole por su arte el conocer el estado de la cabeça del*

en-

enfermo, viendo que hazia el señor Conde-Duque vn acto que requeria sano, y entero juizio, no advirtiò el dicho Escrivano, y demàs personas que estauan presentes, como el dicho señor Conde-Duque en aquella sazon estava enagenado de su juizio, y entendimiento natural, y que por esta causa no estauà en estado de poder otorgar el dicho poder, dize: *Que el dicho Escriuano llegò al testigo à que firmasse el dicho poder, el qual el testigo firmò viendo que los demàs tambien firmavan; y que no sabe si en dicho poder, que se dize otorgò el dicho señor Conde-Duque, el dicho Escriuano diò fee de que estaua su Excelencia en su entero juizio natural, y que al testigo no se le ofreciò este reparo, por no ser de su facultad, y professiō; y que fuera escusada advertencia quando en opinion del testigo todos los testigos conocian claramente el defecto de juizio que padecia dicho señor Conde-Duque al mismo tiempo, y ocasion de otorgar, y querer firmar el poder. Y en quanto à advertir al Escrivano, no le parece al testigo se atreuiera à hazerlo, ni dezirle en presencia de los que alli estauan, que no otorgasse el dicho poder, porque estaua enagenado de su juizio, y entendimiento natural el dicho señor Conde-Duque, por el temor del daño que al testigo le pudiera sobrevenir por hazer la dicha advertencia, quando todos los presentes que alli ocurrieron deseauan que el señor Conde-Duque hiziesse testamento, ò otorgasse el dicho poder, pues en casa de tan gran señor, y tantos criados, no fuera vano este temor.*

438 Diximos que la respuesta comprehendia copia de inverosimilitudes, torpezas, y desaciertos.

439 Lo primero, porque no puede aver mayor torpeza que firmar vna persona solo por que otro firme, sin reparar en lo haze, ò àzia su perjuizio, ò àzia el ageno, que es lo que dize el Doctor Maroja, ibi: *Que firmò viendo que los demàs tambien firmauan.*

440 Lo segundo, porque no puede aver mayor ceguedad que añadir: *Y que no sabe si en dicho poder el Escriuano diò fee de que el señor Conde estaua en su juizio natural*; pues sobre no averle preguntado esto, no depende de lo que el Escrivano executasse por su oficio, lo que el Doctor Maroja deviò comprehender, conocer, y reparar por el suyo.

441 Lo tercero, porque es torpeza dezir que no se le ofreciò semeante reparo, ibi: *Y que al testigo no se le ofreciò este reparo, por no ser de su facultad, y professión*; siendo assi que à qualquiera persona, sin ser versado en ella, en semejante acto se le ofrece à la consideracion el estado de la capacidad del enfermo, con que es torpeza persuadirnos el Doctor Maroja con afectacion, que procediò con descuido, dissimulo, y inadvertencia en materia de tanta importancia, y mayor torpeza el proponer que no era de su facultad, y professíon; siendo assi, que solo à èl por Medico, y de la enfermedad del señor Conde le tocava esta censura, y conocimiento.

442 Lo quarto, porq̃ si èl mismo, aunque con el artificio de suponer que lo remitiò al juizio del Confessor el que confessasse, recibiesse el Via-

ti-

tico, y testasse el señor Conde, ha depuesto que fue el que lo dispuso, *vt dictum remanet supr.num.*419. luego es torpeza negar que hizo reflexion sobre su capacidad, y darse por desentendido de que el advertir el estado de ella tocava à su profession.

443 Lo quinto, por la misma razon de lo que decretò, y resolviò precedentemente, y en lo que concordaron los demàs Medicos, y se publicò de la integridad de la confession, y se experimentò en la ternura, y devocion de recibir el Viatico; es torpeza dezir, *Que era escusada advertencia, quando en opinion del testigo todos los testigos conocian claramente el defecto de juizio que padecia dicho señor Conde-Duque al mismo tiempo, y ocasion de otorgar, y querer firmar el poder*; Pues quando no discernieran, como discernieron, los testigos la capacidad del señor Conde, como lo han depuesto, y resultarà de las probanças de los señores Duques, devieran persuadirse à ella por los actos que executò por resolucion vniforme de tres Medicos, y vn Confessor, para que no se crea al Doctor Maroja la sciencia que imputa à los demàs testigos por solo lo que finge su malicia, y que se le tenga vnicamente por delinquente en lo que supone que obrò opuesto à lo que aora expressa, como lo enseñaron los Autores citados desde el *num.*426. y especialmente en los mismos terminos en que nos hallamos el Cardenal Luca *dict.disc.*39. *num.*14.

444 Lo sexto, porque es torpeza, sobre desahogo reprehensible, lo vltimo que propone: *Y en quanto à advertir al Escriuano no le parece al testigo se atreuiera à hazerlo, ni dezirle en presencia de los que alli estauan que no otorgasse el dicho poder, porque estaua enagenado de su juizio, y entendimiento natural el dicho señor Conde-Duque, por el temor del daño que al testigo le pudiera sobrevenir por hazer la dicha advertencia, quando todos los presentes que alli ocurrieron desearon que el señor Conde-Duque hiziesse testamento*; pues no puede aver mayor torpeza que dexar de cumplir qualquiera con su obligacion, ni mayor desahogo que suponer en el soñado pavor que insinùa que pudiesse padecer invasiones, ò peligros su persona en la casa de el señor Conde por los domesticos, ò concurrentes, hallando la mayor seguridad en el sagrado de su grandeza; y pues le avia experimentado en los dias antecedentes, no pudo, ni deviò recelerle contrario en el de el Miercoles; y quien logrò toda la devida libertad que es justo en los vnos, bien podia concebirla executoriada para los otros.

445 La referida ha sido toda la deposicion del Doctor Maroja, y reservando para el §. de las probanças de los señores Duques la ponderacion de lo favorable, que de su contenido hemos de formar, como de la del Padre Ripalda, persuadiendo, que por vna, y otra quedò testable el señor Conde; veamos aora el motivo, causa, ò interès que pudo tener el Doctor Maroja, para narrar, y presumir lo perjudicial que ha depuesto, y sobre que ha recaìdo el discurso, demàs de dexarlo convencido; pues como notamos

en el *num.* 345. contra el Padre Ripalda, ſemejantes operaciones fueron producidas de alguna influencia.

446 La que reſulta de los autos, es la del patrocinio que logrò del ſeñor Marquès de Leganès, Don Claudio de Maroja, hijo del Doctor Maroja, quien fue recomendado cõn ſumo empeño à los Eſtados de Flandes, cõ cartas del ſeñor Marquès para el Conde de Fuenſaldaña, Governador entonces de ellos, mediante cuya recomendacion obtuvo vna Compañia de Infanteria en el Tercio de Don Fernando de Solis; y deviendo ſer Reformado en ella, como mas moderno, quedò Vivo en ſu empleo, como reſcatada ſu perſona con eſpecialidad en la ocaſion de aver ſido preſo por los Franceſes, en la batalla de Lens, como lo deponen debaxo de la vigeſima-ſegunda pregunta de tenuta, veinte y vna de la propiedad, y veinte y vna en la inſtancia del Conſejo, *Mem fol* 464. y en el *Mem. de tachas, fol.* 510. *num.* 2. el Doctor Antonio de Requena, Don Manuel de Leon, Don Tomàs Lopez de Andrade, Secretario de ſu Mageſtad, Don Iuan de Zubiaurre, Domingo de Omorejo, Doña Catalina de Olivares, Iuan Fernandez de San Iuſto, y otros muchos teſtigos, ſin que los ſeñores Marqueſes, para deſvanecerlo, aunque lo han procurado, ayan hecho probança que ſea eſtimable; como tampoco el abono del Doctor Maroja, concluyendo, que el arbitrio de los ſeñores Iuezes, contemplando à lo que obliga el amor de los hijos, y las circunſtancias con que ſe experimentò al Doctor Maroja antes que huvieſſe logrado del ſeñor Marquès eſte beneficio, y de lo que eſtà probado ſobre lo referido, ſerà el mejor cenſor del credito que ſe deve dar à la depoſicion, *ex deciſione text. in d. l.* 3. *de teſtib.*

Depoſicion de Alonſo Perez.

447 Aunque en nueſtro corto dictamen eſte es el teſtigo mas deſpreciable de la probança del ſeñor Marquès, porque al contrario le concibe por muy importante, y eſpecial, formamos contra ſu depoſicion diſcurſo ſeparado, limitando para convencerla el metodo, y rumbo practicado contra las del Padre Ripalda, y Doctor Maroja.

448 Todo lo ſubſtancial, ò por mejor dezir, lo inſubſtancial que depone ſobre la capacidad del ſeñor Conde, ſe comprehende debaxo de la quarta pregunta de tenuta, y quinta de propiedad, porque lo depueſto debaxo de las otras preguntas, no es reparable.

449 En todo el contexto de ſu depoſicion no ſe hallarà que expreſſe eſte teſtigo poſitiva carencia de juizio en el dia Miercoles, en que otorgò el ſeñor Conde el poder para teſtar, ni acto de furor alguno para inducirla, haſta lo que narra deſpues del acto del Viatico, que con el motivo de aver oìdo eſte teſtigo el alboroço de la familia, por la mejoria del ſeñor Conde, ſupone que ſubiò de la parte dõde ſe hallava à verle, y que no le reconociò en mejor diſpoſicion que antes, ibi: *Y alboroço que huvo en la caſa, ſubiò eſte*

este testigo muy apriessa à verle al señor Conde-Duque,cō el deseo de verle con mas salud;y entrando à su cama, y puesto donde solia assistir,no le viò cō mejor disposicion de lo q̃ solia. Y mas adelante añade: *Y aunque entre todos los de la casa corria la voz de que estava mejorado en aquel tiempo, à este testigo no le pareciò que lo estava,como persona que à todas horas le assistia.*

450 Sobre ser hijo del mal juizio del testigo, sin razon congruente en lo que supone contra el del señor Conde, y por esto despreciable, *ex dict.supr.num.*294. està convencido de falso, pues la mejoria que niega està autorizada,y comprobada con todos los testigos de el pleito, no solo de los de los señores Duques,sino es de los de los señores Marqueses, y como lo hemos advertido de las deposiciones de el Padre Ripalda, y Doctor Maioja;y assi convencido este testigo, en ello,ni en otra circunstancia alguna de su deposicion no merece credito,*ex dict.sup.n.*315.*&* 316.

451 No solo padece este convencimiento para que se desestime lo que depone,se repute,conciba,y tenga por falso,sino es otros muchos,con diversas temeridades,y encuentros,como se iràn advirtiendo.

452 Refiere como *saliò el señor Conde el dia Sabado por la mañana, y que se bolviò luego, y que se auia conocido que la enfermedad auia entrado con desconcierto de la cabeça.*

453 Lo referido no comprehende el dia Miercoles en que se otorgò el poder,como era necessario, para que fuesse ponderable esta circunstancia,*vt fundauimus supr.num.*189. y por lo respectivo al principio, y calidad de la enfermedad,que tenemos reservada para otro lugar, tampoco puede ser estimable;porque este testigo,demàs de los achaques que padece,lo depone de oìdas,sin dar Autor de ellas,si no es que quiera que lo sean los Lacayos,y Cocheros que auia expressado,teniendo esto la inverosimilitud de averlo *advertido, y reparado en la cama*,despues de acostado el señor Conde,como lo dà à entender,ibi: *Y que el dia que la pregunta refiere, se acuerda que saliò por la mañana, y se bolviò luego, y que solo oyò à los Lacayos, y cocheros, y en particular à Luis Canedo, que residia en Valladolid,que dezia el señor Conde-Duque,viniendo en el coche: Anden, y tā presto dezia: Anden de espacio; cosa q̃ no solia dezir otras vezes; y que se avia conocido que la enfermedad avia entrado con desconcierto de cabeça, lo qual refirieron luego que le vieron en la cama,y que lo auian advertido,y reparado.*

454 Continuando su deposicion,assimismo expressa, *Que al subir por la escalera luego que bolviò del campo, tropeçò el señor Conde en ella, y le ayudaron à subir los que venian con el señor Conde, sin acordarse de los que eran, y que con efecto se acostò, y desde entonces començò à mostrarse con delirio, y negarse à no comer por su mano nada, ni que lo comiò por su mano en todo el tiempo de la enfermedad.* Refiriendo muchas acciones que se executavan para que comiesse,y lamentos con que se quexava el señor Conde,quien lo resistia; concluyendo, q̃ se obrò lo referido continuada-

men-

mente hasta su fallecimiento, ibi: *Hasta que muriò sin comer cosa por su mano.*

455 Todo lo referido, y cada parte de ello incluye vna mentira, y falsedad evidente, y notoria, que tiene su convencimiento en lo mismo que està articulado, y probado por el señor Marquès.

456 Lo primero, porque sobre el tropieço en la escalera no ay otro testigo que lo deponga.

457 Lo segundo, porque sobre averse acostado el señor Conde luego que vino del campo el dia Sabado por la mañana, y averse començado à mostrar entonces el delirio, existe en contrario lo articulado, y probado por el señor Marquès, de que el referido dia Sabado por la tarde saliò el señor Conde à la visita, y juego ordinario; en que intervenia con los Cavalleros de Toro; y que de esta visita se retirò, y acostò, *vt comprobatur supr.num.*215.*& sequentibus.*

458 Lo tercero, porque sobre no comer en todo el tiempo de la enfermedad el señor Conde cosa alguna por su mano, milita lo depuesto por los testigos de los señores Duques debaxo de la pregunta dezimaseptima de tenuta, dezimaquinta de la propiedad; y dezimaquinta en la instancia de el Consejo, *Fol.*441. y por el Doctor Maroja, *Mem.num.*733. *de quo supr.num.*388. Lazaro de la Fuente, y demàs personas que asistieron à la comida el referido dia Miercoles, contestando todos en que comiò por si solo, y con mucho sossiego; y Doña Iuana de Velasco, *Mem.num.* 1662. con la especialidad de averla respondido el señor Conde: *Què no harè yo por V. S.* aviendole instado que comiesse otro bocado.

459 Assimismo depone, que en la forma expressada se fue continuando la enfermedad; y que conociò el testigo que el señor Conde no estava en su juizio, à su entender; y que passò assi sin novedad hasta el dia que le dieron el Viatico, y otorgò el poder.

460 Està probado concluyentemente el alivio, y mejoria del Martes en la tarde por la probança de los señores Duques, y testigos de los señores Marqueses, *de quibus suprà ex num.*242. Luego està convencido de falso este testigo en aver negado este alivio, afirmando que passò sin novedad el accidente hasta el dia en que le dierō el Viatico, y no se la podrà salvar la consideracion de que pudo no hallarse presente el testigo al tiempo de este alivio, porque para esto no avia de aver asseverado la continuacion del achaque tan temerariamente, como dezir que fue sin novedad, ni tampoco el que avia assistido de dia, y de noche al señor Conde, desde el principio de su enfermedad, hasta que muriò, como lo dà à entender en el principio de la deposicion, ibi: *Y que el testigo le assistiò desde que entrò en la cama indispuesto, hasta que muriò, de dia, y de noche, sin apartarse, sino en caso que baxava por algo, y luego bolvia con toda prisa*; porque, ò es verdad, ò contiene incertidumbre esta circunstancia; si es verdad, permanece el convencimiento hecho del alivio que niega, y no pudo dexar de reco-

conocer; y si para no advertirlo, le hemos de suponer sin la asistencia que refiere, es precisso que incida en el mendacio de ella, careciendo de credito este testigo, ò por convencido, ò por mentiroso, *ex dictis supr. num.* 450.

461 Aviendo ya llegado con su deposicion al dia Miercoles, dize; *Que aviendo puesto en èl vn pichon abierto en la cabeça al señor Conde, dixeron que estava mejor, y fuera de peligro, y fueron a traer el Viatico à toda priessa, y vino Benavides, Escrivano de Toro, à medio vestir, à toda priessa, y que no se acuerda si fue primero el acto del Viatico, ò el del poder; y que à este tiempo auiendo baxado el testigo abaxo à vn recado, salieron Iuan Vicente, y Artus de Roys, Ayudas de Camara, diziendo por vna ventana à la calle, y luego à la antesala tambien: Vitor, que ya el Conde mi señor està mejor, y fuera de peligro; y que en esta ocasion estaua alli el Padre Ripalda, Confessor del señor Duque, y no hazia sino entrar, y salir donde estaua la señora Condesa retirada, y su nuera, porque no salian de su quarto, en donde estavan retiradas, y que no sabe à lo que iba, y venia, ni hablaua con los Medicos, que asimismo entrauan por instantes, y que hablavan otras vezes con Benavides, aunque tampoco supo lo que vnos con los otros hablauan, mas de que con lo que dixeron los Ayudas de Camara, y alboroço que huvo en la casa, subiò el testigo muy apriessa à ver al señor Conde.*

462 Para que se recozca quan despreciable es este testigo, no era necessario mas que reconocerle en este periodo precedente de su deposicion.

463 Empieça en èl, con que al señor Conde el Miercoles muy de mañana se le puso en la cabeça vn pichon abierto, dando este remedio por motivo del alivio que el testigo no confiessa, aunque refiere le dixeron, siendo asi que en semejante remedio no ha avido otro Autor que el sueño de este testigo; y aviendo precedido el dia antes el de la ayuda con el efecto de la copiosa evacuacion, que reconocen todos los testigos debaxo de las preguntas, y confiessa el Doctor Maroja, atribuyendo à esta causa la mejoria, este testigo, que afecta la continua asistencia del señor Conde, dize lo que no huvo, y calla lo que no pudo ignorar; y fue tan cierto como notorio, por lo qual deve ser asimismo reputado por falso, *ex dict. cap. 1. de crimine falsi*, con todo lo fundado *supr. num.* 317.

464 Todo lo demàs de que fueron à traer el Viatico, que vino Benavides, Iuan Vicente, *Vitor* de Artus de Roys, retiro de la señora Condesa, y su nuera, entradas, y salidas del Padre Ripalda, coloquio con los Medicos, no es de perjuicio, ni reparable; pero lo que no es omissible, contra el testigo, es, que apartado de la continua asistencia del señor Conde, le advertimos, que quando passò todo lo referido èl mismo confiessa que estava abaxo, ibi: *Que auiendo baxado este testigo abaxo à vn recado saliērō Iuan Vicente, y Artus de Roys, &c.* Y despues de la narracion de todo, es quando

do supone la subida à ver al señor Conde, por aver oìdo el alboroço de su mejoria, ibi: *Y alboroço que huvo en la casa, subiò este testigo muy apriessa*; con que en deponer lo que no pudo ver, ni viò incluye vn convencimiento de temerario, y falso, Vellon *de testib.num.*235. Curtius *cons.*55.*num.*20. Hippolitus Riminald.*cons.*113.*num.*41.*lib.*2. quos refert, & sequitur Farinac.*quæst.*67.*num.*70.

465 Y a que le tenemos arriba como èl quiere, prosigue este testigo, diziendo: *Que aviendo entrado à la cama donde estaua el señor Conde, no le viò con mejor disposicion de lo que solia, y se saliò detràs de Lazaro de la Fuente, Medico que era de la Casa de su Excelencia, y Medico de la familia, à preguntarle lo que sentia de la mejoria que dezia el Doctor Maroja; y que le respondiò al testigo, que no auia llegado el Sabado, que dixesse lo que quisiesse el Doctor Maroja.*

466 Quando le creamos que entrò à ver al señor Conde, movido del deseo de reconocerle con el alivio, y mejoria vitoriada solo para cō èl por la ventana de Artus de Roys, no deve darnos cuidado el que deponga que no le viò con mejor disposicion de lo que solia, por lo que fundamos *supr. num.*294. y no ser sugeto capaz para arbitrarla.

467 En lo demas de la salida detràs del Doctor Lazaro de la Fuente, pregunta que le hizo, y respuesta con que le correspondiò; antes que perjuizio, nos comunica el fruto de confessar el Doctor Maroja la mejoria del señor Conde, por lo que ponderamos contra este testigo, y assi lo dexamos advertido *supr.num.*407. permitiendo la suma providencia que se descubra la verdad de ella en los mismos medios que se fomentan por ocultarla.

468 Continùa diziendo: *Que se acuerda, que quando vino Benavides, le dixo al señor Conde-Duque: Señor, por muerte, ò por vida, de V. Exc. poder à mi señora la Condesa para que haga testamento, por si V. Exc. muere sin poderlo hazer; y que à esto respondiò: Poder, norabuena, con vna voz descaecida: y el dicho Escriuano le dixo: Pues firme V. Exc. y le puso vna pluma en la mano, diziendole firmasse en blanco, y poniendole sobre vn papel blanco; y el dicho Escriuano ponia su mano sobre la de el señor Conde-Duque, apretandole los dedos, y guiandole la mano, no viò si pudo firmar, ò no, y no le oyò que hablasse otra palabra alguna: y el Escriuano cō el papel se entrò donde estava la señora Condesa, y q̃ al juizio deste testigo no durò el recibir el Viatico, y hazer lo que lleva referido de el poder, de quarto de hora arriba, y luego le mandaron dar substancias, y boluieron à hazer las mismas diligencias que antes, y que no le viò novedad desde alli hasta la hora de la muerte.*

469 Todo lo referido incluye vna falsedad, ricibiendo aun por los mismos testigos de que se valiò el señor Marquès Don Diego, evidente convencimiento, las partes que lo componen.

470 Lo primero, porque el Doctor Maroja, debaxo de la dezima pre-

pregunta de tenuta, y vndezima de propiedad, *Mem. num.* 773. depuso, *Que auiendo sido llamado Bernardino de Benauidades para el otorgamiẽto del poder, preguntò al señor Conde, si queria hazer testamento su Exc. y el dicho señor Conde respondiò, que no estaua para ello; y que replicado de Benauides, què poder que otorgasse bastaua: boluiendo à preguntar, si le queria otorgar; à que dicho señor Conde respondiò, que si.* Luego ha faltado à la verdad Alonso Perez, en aver depuesto, y expressado otra cosa, tan sumamente diversa, como *suponer que Benauides dixo al señor Conde: Señor, por muerte, ò por vida, dè V. Exc. poder à mi señora la Condesa para que haga testamento, por si V. Exc. muere, sin poderlo hazer; y que a esto respondiò: Poder, norabuena, con vna voz descaecida.* Y añadido lo que otro testigo no dize, sobre *auerle puesto la pluma en la mano, apretandole los dedos, y guiandosela para firmar*; siendo todo contrario à lo que resulta de vnas, y otras probanças.

471 Lo segundo, porque assimismo por ellas, y por lo reconocido hasta aora en las deposiciones del Padre Ripalda, y Doctor Maroja, resulta el considerable tiempo del alivio, y mejoria, y q̃ consumieron los actos de el poder, confession, y Viatico: luego assimismo ha faltado temerariamente à la verdad, en dezir, *que no durò el recibir el Viatico, y hazer lo que lleua referido del poder, de quarto de hora arriba*; cuya brevedad, quando careciera de convencimiento, contiene imposibilidad, è inverosimilitud, por lo qual el testigo no merece credito, Abas *in cap. quia verosimile, inf. de præsumptione*, Decius *cons. 94. column. 2. in fin.* Craveta *cons. 171. num. 6.* Grammatico *decis. 103. num. 78.* D. Valenç. *cons. 92. num. 211.* Escobar *de puritat. 2. part. quæst. 9. §. 2. sub num. 11.* Farin. *quæst. 65. num. 144.* Noguer. *alleg. 32. num. 67.*

472 Lo tercero, porque no solo està cõprobado, y se ha reconocido assimismo por el Padre Ripalda, y Doctor Maroja; pero aun no se ha puesto en qüestion, que dicho dia Miercoles comiesse el señor Conde con sossiego, y por su mano, y con la advertẽcia que ponderamos *supr. num.* de la instancia de Doña Iuana de Velasco: luego ha faltado à la verdad este testigo, y se halla convencido en aver depuesto, *que luego le mandaron dar substancias, y boluieron à hazer las mismas diligencias que antes, y que no le viò nouedad desde alli hasta la hora de la muerte*; siendo assi, que la comida fue posterior al acto del Viatico, y à la hora de las once.

473 Prosigue, diziendo, *Que en el tiempo que se le diò el Viatico, como auia mucha gente delante, y este testigo estaua assistiendo al cuidado de el aparador de la plata, en que estaua hincado de rodillas, no atendiò à las palabras que passaron: y aunque entre todos los de la casa corria la voz de que estaua mejorado en aquel tiempo, à este testigo no le pareciò que lo estaua, como persona que a todas horas le assistia, como lo ha dicho.*

474 Sobre la desestimacion que deve hazerse de su concepto, sin razon, y contra el comun dictamen que està probado, y èl mismo recono-

ce,

ce, dexamos expressado lo suficiente *supr. num.* 294. y assi passamos à lo que continùa en su deposicion.

475 *Que juzgò entre si, que aquella voz, y lo que se auia obrado era cosa que se auia tratado, y disponia allà dentro donde estaua la señora Condesa, y su nuera, y donde entrauan, y salian los Doctores, y el Padre Ripalda; y que auiendole preuenido à este testigo para que viniesse à dezir su dicho por parte del señor Marquès de Leganès, pidiò licencia à sus amos, por quanto dezian, que auia Paulinas del Señor Nuncio, y se la dieron; y assi vino à dezir lo que en este caso sabe, que es lo que lleua dicho, y que jamàs juzgò, que en todo el tiempo de la enfermedad del dicho señor Conde-Duq ne huuiesse estado en su entero juizio.*

476 Esto vltimo que buelve à repetir, muy pagado de su dictamen, queda satisfecho, y convencido, *supr. num.* 460. y con esta seguridad, y consuelo pudieramos condonarselo, sin otra pena que la del desprecio.

477 Pero à lo que corresponde mayor indignacion, es, al arrojo, y temeridad de aver brotado este testigo con vna tan ruin sospecha como suya, prorrumpiendo: *Que juzgò entre si, que aquella voz, y lo que se auia obrado era cosa que se auia tratado, y disponia allà dentro donde estaua la señora Condesa, y su nuera, y donde entrauan, y salian los Doctores, y el Padre Ripalda*; no deviendo el testigo deponer, presumiendo, ni juzgando, sino es narrando, ò exponiendo simplemente lo que sabe, y percibiò por los sentidos del acto sobre que depone, Bart. *in l. qui testamento, §. fin. ad finem, de testamentis*; Bald. *cons.* 322. *decis. cons.* 256. *num.* 4. & 5. Barbos. *axiomat.* 174. *num.* 27. Escob. *de puritat.* 1. *part. quaest.* 10. §. 2. *num.* 24. Farinat. *quaest.* 68. *num.* 33. Noguer. *alleg.* 26. *num.* 77. Vela *disert.* 38. *num.* 43.

478 Siendo tanto mayor su ruindad para el desprecio de todo lo que depone quanto no ha intervenido otro algun testigo que se aya atrevido à prorrumpir en semejante desahogo, no deviendo esperarse menos de vn hombre ordinario, cuya esfera no excedia de la de moço de plata, ò repostero en la casa de el dicho señor Conde, sugeto vinoso, y acostumbrado à embriagarse, y capaz de qualquiera relaxacion, como lo tienen probado los señores Duques con copioso numero de testigos, *Memorial de tachas, fol.* 519. *num.* 4. sin que los señores Marqueses le ayan podido compurgar de los de los defectos expressados, aunque han procurado abonarle, y siendo el de la embriaguez por si solo suficienre para privarle de credito, *leg.* 3. §. *Iulia, ff. de testib. text. in cap.* 1. *eod. tit.* Farin. *quaest.* 56. *num.* 436. Gomez 3. *variar. cap.* 12. *num.* 18. vbi Ayllon, que serà interviniendo el de tantos encuentros, convencimientos, y falsedades como comprehende su deposicion, pues no ay palabra en ella que no sea agena de la verdad, y aun de lo mismo que los señores Marqueses han articulado, y depuesto el Padre Ripalda, y el Doctor Maroja; y assi no solo esperamos que se desestime, sino es que se forme de la diligencia de fomentarle el concepto, que

to-

tocado en la disposicion de derecho; reservamos con grande confiança al arbitrio de los señores Iuezes.

Deposiciones de los demàs testigos.

479 EL resto de los demàs testigos de que se han valido los señores Marqueses para persuadir el furor, y demencia de el señor Conde, no le concluyen de el tiempo de el otorgamiento de el poder, antes, ni despues en el dia Miercoles de vista, como era necessario, para que fuessen estimables sus deposiciones, *vt fundauimus supr. num.* 189. y solo proponen vnas oìdas, sobre vagas, contrarias; y muchos de los testigos en ellas contra producentem, como se reconocera de las deposiciones, especialmente en lo colocado, y distribuido de ellas debaxo de esta quarta pregunta de tenuta, y quinta de propiedad; cuyo norte vamos siguiendo, segun lo irèmos manifestando, descendiendo despues de su reconocimiento à justificar que en la censura de derecho semejantes deposiciones no han podido ser favorables à los señores Marqueses; antes bien perjudiciales muchas de ellas.

Deposicion del Hermano Iuan del Rio, compañero del Padre Ripalda.

480 ESte testigo examinado en la informacion sumaria hecha à pedimento de el señor Marquès Don Diego, *Mem. num.* 598. ibi: *Si bien oyò à los mismos criados, y algunos de ellos dezian, que no estaua con entero conocimiento, y juizio; pero el testigo no puede afirmar la certeza de ello*, y ratificado en tenuta, ibi: *Que oyò dezir, y corriò voz en la casa que dezian los criados de ella: Bendito sea Dios, que al Conde mi señor le ha buelto el juizio; y tambien dezian se estaua confessando.* Et inferius, ibi: *Dize que se acuerda en particular auerle oìdo al Doctor Maroja, que en los dichos actos, y tiempos no auia estado en su entero juizio, y capacidad; y que oyò à otro particular, que no se acuerda de su nombre, que le auia oìdo lo contrario al Doctor Medina; y lo que el testigo puede declarar, es, que en este punto oyò à vnos que dezian que no auia estado en su juizio, y à otros que dezian lo contrario.*

481 Siendo lo referido lo depuesto en la censura de derecho, no merece estimacion, porque los testigos de oìdas no prueban cosa alguna, *maximè* en los hechos modernos, y quando contienen variedad, y contradicion las oìdas, siendo varias, inconstantes, y no vniformes; *vt ex text. in cap. licèt ex quadam, 2. de testib. cap. de parentela,* 35. *quæst.*6. tradunt communit. DD. Garc. *de nobilit. gloss.* 18. *§.* 1. *num.* 13. *& gloss.* 39. *num.* 2. D. Molin. *de primog. lib.* 2. *cap.* 3. *num.* 30. Riccio *part.* 2. *collectan* 327. Castill. *tom.* 6. *controu. cap.* 122. D. Solorçan. 2. *tom. de iur. Indiar. lib.* 1. *cap.* 26. *num.* 32. Escobar *de purit.* 1. *part. quæst.* 9. *§.* 4. Farin. 2. *tom. pract. quæst.*

*quæst.*69. Vela *disert.*38.*num.*69. Iul. Capon. *tom.*1. *discept.*6. Noguer. *alleg.*12.*num.*164. Todo lo qual interviene en la deposicion de el Hermano Iuan del Rio para que desfallezca.

482 Y aunque con especialidad depone aver oìdo la incapacidad de el señor Conde al Doctor Maroja, tenemos el copioso numero de testigos q̃ quedan ponderados *sup. n.*407. *& seqq.* que deponen aver afirmado este Medico lo contrario, y su integra capacidad, deviendose diferir à lo que el mayor numero de testigos depone, principalmente estando corroboradas sus deposiciones con los actos executados por el Doctor Maroja, que quedan referidos en su deposicion.

Deposicion de Doña Francisca Fernandez de Andia y Viueros.

483 ESte testigo, *Mem.num.*549. dize, ibi: *Que se continuò assi* (aviendo referido el achaque) *hasta el Miercoles* 19. *de el dicho mes por la mañana, y que entonces por espacio de vna hora, poco mas, ò menos, auia tenido alguna quietud, y reposo con que antes padecia la cabeça, y que tràs de este breue rato auia buelto el rigor de el achaque hasta el Sabado veinte y dos, que muriò; y que lo sabe por auerlo oìdo publicamente, como lleua dicho, à personas de la casa de el dicho señor Conde, y à otras de la dicha Ciudad, y en particular se acuerda auerlo oìdo al Doctor Medina, Medico de dicha Ciudad de Toro, y vno de los que assistieron al dicho señor Conde, y que esto fue voz, y fama publica.* Hasta aqui en sumario, y ratificada en tenuta; *Mem. num.*606. ibi: *Que oyò dezir al dicho Doctor Medina hablando si estaua en su juizio, y capacidad el dicho señor Conde-Duque quando recibiò el Viatico, que se lo auian dado como à su mula; y esto se lo oyò dezir esta testigo al dicho Doctor, estando en su casa, que auia ido à ella à curar à el Vizconde, marido de la testigo, el dia que se le auian dado.*

484 Esta deposicion tampoco puede ser estimable, ni perjudicial à los señores Duques.

485 Lo primero, porque es de oìdas, y aunque en su favor confiessa el alivio, y mejoria en su primera parte, es de tiempo muy limitado; y tãto, que por lo articulado por los señores Marqueses en la referida quarta pregunta de tenuta, y quinta de propiedad, se convence q̃ fue mucho mayor.

486 Lo segundo, porque tampoco se deve creer en las oìdas que supone de el Doctor Medina quando este examinado dize lo contrario, y el testigo referente no prueba, *nisi quatenus*, lo deponga el *relato, ex iur. vulgaribus*; demàs que de que averle oìdo al Doctor Medina la integra restitucion de el señor Conde, lo deponen otros muchos testigos, y de los señores Marqueses, como son Don Francisco de Victoria, *Mem.num.*625. D. Iuan Antonio de Deza, *num.*631. Fr. Francisco de la Madre de Dios, *num.*651. y Fr. Luis de Zamora, *num.*645.

487 Lo tercero, porque los señores Marqueses han articulado, y probado asimismo como es constante que al señor Conde Miercoles à la vna le sobrevino vn letargo, que le durò hasta el Sabado siguiente de su fallecimiento; con que esta convencida esta deposicion en quanto por ella se expressa que despues del limitado alivio confessado, bolviò el rigor del achaque, y que durò hasta el referido dia Sabado, pues fue diverso del que padecia precedentemente el señor Conde.

488 Lo quarto, porque asimismo està convencida esta deposicion en quanto en la primera parte, contiene que lo expressado en ella fue publica voz, y fama, teniendo la variedad que el Hermano Iuan del Rio propuso, y que se reconocerà por los demàs testigos de los señores Marqueses sin valernos de las probanças de los señores Duques, nò bastando que el testigo afirme la fama, sino concurren los requisitos que son conocidos en derecho para estimarla, Escobar *1. part. quæst. 10. §. 2. num. 27.* ibi: *Neque quidem ideò quod testis iudicet, quod fama est manebit fama probata.*

Deposicion de Don Francisco Fernandez de Andia.

489 ESte, *Mem. num.* 607. dize, *Que oyò aquel dia* (habla de el Miercoles) *à algunos criados de casa, de quien no se acuerda, y à dos Padres de la Orden de Santo Domingo, que el vno oyò llamarle el Padre Santo Thoma, que assistia muy de ordinario à dicho señor Conde, que aquella mañana quando assi se dize que otorgò poder estaua tan falto de juizio como quando el testigo le auia visto antes, y que ellos lo sabian por auerle visto en aquella ocasion, y lo tiene el testigo por cierto, porque esta es voz, y fama publica en Toro, y porque dicha enfermedad entrò en rigor de locura, como lleua referido, y acabò con el mismo.* Hasta aqui en sumario, y ratificado en tenuta, *Mem. num.* 608. ibi: *Y à algunos criados de casa de el señor Conde-Duque, de quien no se acuerda, oyò dezir el testigo que estaua bueno, y en sì quando otorgò el poder.* Y en el *num.* 609. examinado en el juizio de propiedad, ratificandole en las deposiciones precedentes: *Que el Doctor Medina le auia dicho el dia que dieron Viatico al señor Conde, que estaua con la disposicion de poderlo recibir como estaua su mula.*

490 Tampoco puede ser estimable esta deposicion como de oìdas, y de oìdas mezcladas con otras contrarias, no deviendo diferirse à las que supone del Padre Fr. Iuan de Santo Toma, y de los dos Religiosos de Santo Domingo, sino en quanto estos lo tuvieren depuesto con razones que lo persuadan, ni en las del Doctor Medina, por las razones ponderadas contra el testigo precedente *supr. num.* 486.

491 Lo segundo, porque no basta aver afirmado el testigo la fama publica, *vt fundauimus supr. num.* 488. convenciendola la misma inconstancia de oìdas que propone.

492 Lo tercero, porque asimismo està convencido este testigo en

aver

aver depuesto la continuacion de el furor hasta la muerte, segun, y en la forma que precediò al dia Miercoles, aviendo à la vna de èl sobrevenido el letargo; con que por todas tres consideraciones desfallece el credito de esta deposicion, siendo igualmente temeraria en aver sin otro motivo dicho este testigo, que todo lo tuvo por cierto por no serle licito deponer de juizio propio, *ex dictis supr. num. 294.*

Deposicion de Fr. Diego de Quiñones.

493 ESte testigo, *Mem. num. 621. & 622. & 623.* assimismo es de oidas, y tanto sobre la demencia, como sobre la restitucion à la integridad de el juizio, y que con èl avia otorgado el poder el señor Conde, ibi: *Y en su casa oyò à algunos criados que auia tenido deliberacion para recibir el Viatico, y que por hallarse quieto se le auian dado, y este mismo dia por la tarde se dezia publicamente entre los vezinos de la Ciudad, y lo oyò el testigo à muchas personas, de quienes no se acuerda, que por auer tanto tiempo que estaua privado de juizio quando otorgò el poder, y recibiò el Viatico, y que de las palabras desconcertadas que refiere la pregunta auer dicho el señor Conde, ni de los rasgos que hizo con la pluma, no oyò dezir nada.* Et inferius, ibi: *Que el Miercoles por la mañana estando el testigo en su Convento, le dixeron algunos Religiosos, de quienes no se acuerda para declararlos, que el señor Conde-Duque auia recibido el Viatico, y dado poder à la señora Condesa para testar, y que se hallaua mejor, y mas quieto.* Y aunque añade, *que el Doctor Medina le dixo assimismo que siempre el señor Conde auia estado en vn estado, y que nunca le auia hallado con mejoria.* Demàs de tener esto el convencimiento de lo mismo que tienen articulado los señores Marqueses, y que confiessan el Padre Ripalda, y el Doctor Maroja, se reformò este testigo. Et inferius, ibi: *Y que solo se halla dudoso en si las oidas que refiriò en su dicho primero al Doctor Medina, Medico de la Ciudad de Toro, fueron à èl, ò à otro algun Medico.* Con que siendo esta deposicion en todo su contenido de la variedad que comprehende, sobre ser de oidas, es despreciable, *ex dictis supr. n. 481.*

Deposicion de Fr. Agustin Gonçalez, Procurador del Convento de la Madre de Dios de Valladolid.

494 ESte examinado en tenuta, *Mem. num. 643.* dize, *Que oyò muchas vezes en Comunidad en el Convento de San Ildefonso de la Ciudad de Toro, y fuera de ella, afirmar por cosa constante que el señor Conde el dia, y à la sazon que recibiò el Viatico, y otorgò poder para testar à la señora Condesa, estaua enagenado de su juizio, y entendimiento natural, y que practicauan dichos Religiosos, que aunque el señor Conde el dia que recibiò el Viatico se hallò mejor que los antecedentes; pero*

que

que no por esso se auia recobrado, ni tenido su entero juizio. Et inferius, ibi: *Que generalmente oyò en la ocasion referida que desde el dia que cayò enfermo el señor Conde de su vltima enfermedad, hasta en el que muriò, siempre estuvo en vn continuo delirio, y letargo; y que en esto viò conformarse, y concordar los Religiosos del dicho Convento de San Ildefonso.*

495 Reconoce este testigo la mejoria de el señor Conde *en el recobro* que expressa; pero aunque dize no aver sido suficiente, y que estuvo en vn continuo delirio, y letargo, se queda en terminos de ser de oìdas su deposicion, y por esso asimismo desestimable, *ex dict. supr. n.* 481.

Deposicion de el Padre Fr. Iuan de Molina.

496 DE menos perjuicio es la deposicion de este testigo, porque es de oìdas à la Condesa de Fuensalida, que no esta examinada, y esta de oìdas al Padre Fr. Mateo de Alfaro, *Mem. num.* 644. ibi: *Le oyò dezir à la dicha Condesa, para què porfia, y se cansa el señor Duque en traer al Padre Fr. Mateo de Alfaro, pues es cierto que en lo que pretende ha de ser en su dicho contra el dicho señor Duque de Medina, porque el sentimiento de el dicho Padre Fr. Mateo, como à mi me lo ha significado muchas vezes, es, que no tuvo su juizio quando otorgò el dicho poder.* Con que quedando este testigo en terminos de referir vn referente, no prueba cosa alguna, sino es *quatenus*, lo concluya el *relato, ex iur. vulg.* lo qual no haze el Padre Fr. Mateo de Alfaro, como se verà en su deposicion; y aunque este testigo añade en la suya, ibi: *Que siempre este caso de que si tuvo, ò no juizio quando otorgò el poder por sumamente dudoso, y por tal lo ha juzgado, y juzga este testigo*; no es perjudicial à los señores Duques, antes muy favorable, porque en la duda que supone se deve determinar por la sana mente, *Glos. in verbo Probari, in vers. Nam hic est praesumptio, in l. nec codicillos, C. de codicillis*, *cap. vlt.* verb. *Compotem, de succes. ab intest.* Boer. *decis.* 23. *num.* 3. Conan. *lib.* 9. *cap* 6 *num* 7. Mascar. *conclus.* 824. *num.* 5. Cevall. *comm. contra comm. quaest.* 900. *num.* 126. Mantica *lib.* 2. *tit.* 5. *num.* 3. *cum seqq.* Castill. *lib.* 4. *cap.* 28. *num.* 20. *& cap.* 32. *num.* 71. Reynos. *obseru.* 32. *num.* 11. *& ibi eius Additionator.*

Deposicion de Fr. Luis de Zamora.

497 ESte testigo, *Mem. num.* 645. dixo, *Que ha oìdo dezir, que desde el instante que el señor Conde cayò enfermo estuvo siempre sin juizio, hasta que espirò; y en particular este testigo le parece que le oyò dezir à vn Religioso, que estava en el dicho Convento, que se llama Fr. Vicente de Sepulveda.* Et inferius, ibi: *Que tambien se acuerda de auer oìdo dezir que el dia, que fue siguiente à su enfermedad, que fue Miercoles; que fue el dia que dixeron auia otorgado el poder à la señora Condesa, y*

 que

que estava mas aliñado, que no lo podia hazer, porque no estava con su cabal juizio: y que tambien ha oìdo dezir al Doctor Francisco de Medina, vezino de dicha Ciudad, y Medico, que dixo assistiò en ella en la enfermedad de el dicho señor Conde-Duque, que avia tenido cabal juizio vnas quantas horas, no se acuerda de el numero que de ellas dixo.

498 Con que sobre ser vagas, y varias las oìdas de que depone este testigo, y por esto despreciables, *ex dictis num.* 481. las que propone de el Doctor Medina, à quien se refiere, deven estimarse por concluirlo este Medico en su deposicion en favor de la pretension de los señores Duques.

Deposicion de Fr. Vicente de Sepulveda.

499 REfiere este testigo, *Mem. num.* 646. *Que supo de los criados, y criadas de la casa, y de otros particulares de à fuera, y de los Religiosos que acudian à ella, y en particular del Padre Fr. Diego de Segovia, que se hallò à su muerte, y de otros Religiosos de la misma Orden de Capuchinos, que estando con la señora Condesa el dia que le diò el mal, se levantò à hazer vna necessidad, y quando quiso bolverse à la cama, bolviò con que no acertava à hablar, y que desde entonces le començò la enfermedad de el frenesi, y delirio, y se privò de los sentidos, sin quedar en su juizio, y capacidad; y que realmente este mal le avia durado hasta que muriò, y lo tenian por cierto, y constante que no avia estado en su juizio en toda la enfermedad; y assi lo oyò este testigo en diferentes ocasiones mientras durò, à diferentes personas, y Religiosos, como lleva dicho.* Et inferius, ibi: *Y que assimismo oyò dezir, que aunque avia recibido el Viatico, esto avia sido con opiniones; pero que real y verdaderamente no estuvo en su juizio, y capacidad; y esto es lo que sabe, y corriò entre los Religiosos, y lo que se tenia por mas cierto.*

500 Con justa providencia despreciò el Derecho las deposiciones de oìdas, como capaces de producirse con ligereza: buen testimonio tenemos en las que propone este testigo, pues supone aver oìdo que estando con la señora Condesa el dia que le diò el mal, se levantò à hazer vna necessidad, y quando quiso bolverse à la cama, bolviò con que no acertava à hablar, y que desde entonces le començò la enfermedad de frenesi, y delirio, y se privò de los sentidos, siendo assi que lo referido tiene el convencimiento de aver tomado principio la enfermedad sin delirio, como lo fundamos *supra ex num.* 221. por los testigos de los señores Duques, resultando por los de los señores Marqueses, que el delirio se le reconociò el Sabado en la tarde, estando en la visita, juego, y divertimiento de los Cavalleros de Toro, *vt etiam probatum est ex num.* 215. y no en la forma que supone el testigo averlo oìdo; con cuyo convencimiento, y con los que resultan de lo ponderado hasta aora, sobre añadir, *que realmente este mal le avia durado hasta que muriò*, desvaneciendose con el letargo que sobrevino; vease que esti-

estimacion se ha de dar à testigos de esta calidad, y quanto cuidado se deve poner sobre el credito de los presentados por los señores Marqueses.

Deposicion de Fr. Buenaventura de Garrovillas.

501 LO que depone este testigo se reduce assimismo à vnas oìdas vagas, y repugnantes, incluyendo, no solo la incapacidad, sino es juntamente la mejoria, como parece de su deposicion; *Mem num.* 648. ibi: *Que sabe de oìdas à los Religiosos de su Convento, y à otras personas de à fuera, de cuyos nombres de presente no se puede acordar, por auer ha once años que passò, que el señor Conde Duque en el tiempo de su enfermedad estuvo falto de juizio, y que otros dezian que auia mejorado, y recibido el Viatico, y dado poder à la señora Condesa; y que tambien corria que esto de darle el Viatico auia sido por dar satisfaccion al mundo de que viessen que auia muerto con los Sacramentos, por auer tenido el gouierno de estos Reynos, y que luego que recibiò el Viatico se auia buelto à privar; y que vno, y otro se dezia en la forma que ha dicho.* Ex quo este testigo no puede ser estimable por lo fundado *supr.num.* 481.

Deposicion de el Padre Fr. Francisco de la Madre de Dios.

502 LA deposicion de este testigo, que es prolixa, contiene nulidad notoria, y no puede merecer estimacion, ni credito alguno

503 Lo primero, porque se supone recibida en virtud de vnas Paulinas del Nuncio de su Santidad, ante Iuan Alvarez de Llamas, Notario Apostolico, estando prevenido por las mismas Paulinas que en este pleito no se pudiessen hazer declaraciones, sino ante los Iuezes nombrados para las probanças, y que solo los Notarios, y Curas tomassen los nombres de las personas que huviessen de deponer, *Mem. num.* 656. con que hecha ante Ministro incompetente contiene nulidad, *l.* 3. *§.idem divus, ff. de test. l.fin.Cod. de testib.* & ibi Bald. Butr. *cap.* 1. *num.* 2. *de testib.* Aymon *cons.* 2. *num.* 7. Ruin. *cons.* 149. *num.* 24. *lib.* 5. Marsill. *singul.* 211. Monticell. *hos referendo in repertor. rubr. testes impugnantur, fol.* 267. *col.* 2. *vers.* 4. Farin. *quæst.* 80. *num.* 118.

504 Lo segundo, porque aunque las Paulinas careciessen de esta prevencion, era necessario que el testigo se repitiesse, y ratificasse en el juizio que se controvertia; y no aviendolo hecho, como consta *Memor.num.* 633. contiene assimismo nulidad esta deposicion, Ofasch. *decis.* 128. *num.* 13. Lazarius *de monit. sect.* 4. *quæst.* 9. *num.* 3. Hostiens. *in cap. nihil obstat, de verb. sign. num.* 2. *& seqq.* Barbos. *alleg.* 96. *num.* 36. qui plurimos congerit Noguer. *alleg.* 23. *num.* 76. *&* 77.

505 Lo tercero, porque el mismo defecto padece no aviendo intervenido, como no intervino, citacion de parte, *vt fundatum est, ex n.* 272.

lo

lo qual no puede dispensarse por el derecho del interessado en conocer al testigo, y obviar los perjuicios que puede padecer de no hazerlo.

506 Lo quarto, porque sobre carecer de satisfaccion estos reparos como infalibles, existe el de averse presentado esta declaracion, concluso el juizio de tenuta, y fenecido el termino de la prueba, siendo desestimables, è incapaces de credito los testigos, que se presentan, y deponen fuera de los terminos prescriptos por derecho, *cap. cum dilectus, de fide instrum. l. 6 tit. 11. lib. 3. ordin. l. 34. tit. 16. part. 3.* vbi optimè Gregor. Lop. Bobad. *lib. 3. cap. 8. num. 250. & lib. 5. cap. 1. num. 177.* Ricc. *part. 4. collect. 919.* Narbon *in l. 33. glos. 10. à num. 2. tit. 11. lib. 2. Recopil.* Farin. *tom. 2. pract. q. 80. à num. 66.* Gutierr. *lib. 1. pract. quæst. 54.* Leon *decis. 96.* Pareja *de instrum. edit. tit. 6. resol. 3. num. 23. & 24.*

507 Lo quinto, y vltimo, porque lo es de oìdas, y todo lo que depone, y assevera, sobre opinar que el señor Conde careciò de la integridad de juizio al tiempo de el otorgamiento de el poder, y en medio de la desestimacion que por esto merece el testigo, y por lo animoso que procede en ella, no pudo dexar de confessar la mejoria del señor Conde, y que se publicò por medio del Doctor Maroja, y del Doctor Medina, ibi: *Y el dicho dia quarto se publicò en dicha Ciudad por boca de los Medicos que le assistian, y en especial el Doctor Maroja, y el Doctor Medina, que era el que tenia propio el señor Conde-Duque, que avia mejorado de el dicho delirio, y furia, y que estava con mas sossiego, y que avia hablado con conocimiento de algunos que le assistian:* con que si esta deposicion careciera de las nulidades, y defectos ponderados, era mas declinable à favor de los señores Duques que perjudicial.

Deposicion de el Padre Fr. Iulian de Navalcarnero.

508 ASsimismo la declaracion de este testigo contuvo nulidad, y fue desestimable, porque se recibiò ante Iuan Ortiz, Escrivano de la Villa de Cubas, sin auto de Iuez alguno, y solo con el pretexto de la noticia de las Paulinas, presentandose despues de concluso el pleito en tenuta, y fuera del termino de la prueba, y sin citacion de la parte interessada, como parece del *Mem. num. 659.* militando asimismo contra ella las reglas que contra la del Padre Fr. Francisco de la Madre de Dios.

509 Pero aviendose ratificado este testigo por auto del Consejo, que lo mandò assi, *Para los efectos que huviesse lugar en derecho*, lo que dize *Mem. num. 654.* *Que en quanto al poder que se dize otorgò el dicho señor Conde-Duque à la señora Condesa su muger para testar, el testigo oyò hablar con mucha variedad en dicha Ciudad de Toro à muchas personas acerca de si estuvo, ò no capaz, y en su entero juizio el señor Conde-Duque quando se otorgò.*

510 Y presentado por los señores Marqueses en el juizio de propiedad,

dad, *Mem.num.667.* ratificandose en lo referido, añade: *Que las diligencias de otorgar el poder, y recibir el Viatico el señor Conde-Duque se auian hecho apresuradamente, y en muy breue tiempo; y lo que mas, se dezia era que estaua el dicho señor Conde-Duque con su delirio, y que no estaua en su cabal juizio, sino que se auia mirado el cumplir con el mundo, y à que no quedasse la señora Condesa desacomodada, y que esta era la voz mas publica que entonces corria, aunque auia alguna confusion entre los mismos que hablauan de la materia, y criados de la misma casa, que sentian lo mismo de que no auia estado en su entero juizio.*

511 De lo qual no se puede colegir, ni deducir, sino es vnas oìdas vagas, y con oposicion vnas de otras, que como confusas, segun reconoce el testigo, no pueden ser estimables, *vt fundatum remanet.*

Deposicion de Don Geronimo Portocarrero, Cauallero del Orden de Santiago.

512 M*Em.num.634.* en la sumaria que se hizo en Toro, *dize de el achaque del frenesi de que cayò enfermo el dicho señor Conde-Duque el Sabado quince de Iulio, y de su continuaciõ hasta que muriò de oìdas à los criados, y demàs personas*; pero ratificado en tenuta, *que respecto de que luego que cayò enfermo el dicho señor Conde no entrò allà el testigo* (habla de su casa) *en todo el discurso de la enfermedad hasta la muerte, no sabe nada de lo que la pregunta refiere*, que es en la que se articula el delirio de el dia Miercoles; y examinado en el juizio de propiedad, *num.* 633. se ratifica en los dichos precedentes; con que tampoco esta deposicion parece que puede ser perjudicial, porque las oìdas que puedan ponderarse de el dicho de la sumaria sobre ser desestimable, *ex dictis in num.* 481. aun estas quedaron declaradas con lo que contiene la ratificacion en tenuta, expressando el testigo *que no sabe nada de lo que la pregunta refiere.*

Deposicion de el Padre Fr. Diego de Segouia.

513 ESte testigo, *Mem.num.677.* en el juizio de propiedad, se ratificò en lo declarado ante vn Notario, segun, y como lo avian hecho Fr. Francisco de la Madre de Dios, y Fr. Iulian de Navalcarnero; y todo lo que depone es de oìdas, y con ellas confiessa el intervalo de el Martes, y por lo respectivo al Miercoles del otorgamiento de el poder *que auia buelto en sì; pero que no declaradamente con entero juizio, y viò à los criados con grande alboroço sobre dicha mejoria.* Et inferius, *Que al tiempo que dixeron auia mejorado el señor Conde, oyò dezir le auian dado el Viatico, pero que no se auia confessado, y que auia otorgado poder à su muger para testar, vnos dezian auer sido bien hecho, y otros dezian que no auia tenido entera capacidad para hazerlo; y en esta confusion estauan todos*

dos los de fuera de casa. Con que podemos dezir; que quando las oìdas fueran estimables, la variedad, inconstancia, y contradicion que incluyen desvanece su credito, *vt fundatum est*, comprehendiendo este defecto, y vicio à todos los testigos que hasta aora hemos reconocido, sin que aya alguno que pueda ser ponderable à favor de los señores Marqueses.

514 *Et econverso* en los que restan, y de que se ha valido, hallarèmos que son contra producentem, y en favor de los señores Duques, como lo irèmos manifestando por el contexto de sus deposiciones.

Deposicion de Pedro de Humaña, Botiller.

515 ESte, *Mem. num.* 601. dize, *Que sabe que el Miercoles 29. de Iulio, quando se diò el Viatico al dicho señor Conde-Duque, le recibiò con muchas lagrimas, respondiendo à todo lo que le preguntauan, y esta quietud le durò cosa de dos horas, poco mas, ò menos, hasta que despues le bolviò la calentura, y se bolviò à inquietar, y que lo sabe el testigo, por auerse hallado presente à ello, y que viò que el señor Conde llorò con la señora Condesa su muger, y con su hijo, el qual le pidiò la mano, y se la diò, y se la besò, y le echò su bendicion*; en lo qual que depuso en la informacion expressada, se ratificò en tenuta.

Deposicion del Padre Fr. Iuan de Iesus Maria.

516 ESte en el *Mem. num.* 603. dize: *Que bolviò el Miercoles por la mañana à cosa de las ocho, poco mas, ò menos, en ocasion que luego le traxeron el Santissimo Sacramento para que lo recibiesse, y el testigo se hallò à los pies de la cama de el señor Conde-Duque quando se le diò el Cura, y entonces viò que le hizo las preguntas que ordinariamente se suelen hazer en semejantes ocasiones à los enfermos, y respondiò à ellas à su tiempo, y dixo el Credo, y la confession bien dicho, porque reparò en ello el testigo; y acabado esto recibiò el Santissimo Sacramento, y diò gracias, como dicho tiene, y luego le sucediò el letargo.* Y ratificado en tenuta dize *lo que dicho tiene, y que ha oìdo variedad de opiniones.*

Deposicion de el Padre Fr. Iuan de Santo Thoma.

517 ESte testigo, *Mem. num.* 613. de oìdas à diferentes Religiosos; que expressa *como dicho dia por la mañana auia tenido el dicho señor Conde-Duque mejoria, y buelto à su juizio por espacio de dos horas, poco mas, ò menos, en el qual tiempo auia recibido el Viatico, y confessado, y assimismo otorgado testamento; y juntamente, que oyò dezir à algunos Religiosos de su Casa, y entre ellos al Padre Fr. Bartolomè Diaz, y Fr. Francisco de Isunça, que auia tomado la pluma para querer firmar el dicho*

por

poder, y no auia podido firmarle; y auiendo hecho vn rasgo mal señalado, auia buelto la cara al Escriuano Benavides, y dicho: Yo, yo, quando era Rector en Salamanca, como dandole à entender que hazia buena letra; con cuya vltima circunstancia eximimos estas palabras de el argumento de el furor que por ellas quiso deducir el Doctor Maroja, *vt ponderauimus supr. num. 375.*

Deposicion de Antonio de la Barja y Cangas.

518 ESte, *Mem. num. 616.* dize: *Que el Miercoles 19. de el dicho mes de Iulio, que fue el quinto de la enfermedad de el dicho señor Conde-Duque, respecto de el Sabado en que se reconocia la dicha enfermedad, como lleua dicho el testigo, oyò dezir se auia aliuiado algo la enfermedad, y que auia otorgado poder para que testasse por el dicho señor Conde la señora Condesa su muger: que auia recibido el Viatico, y que despues de medio dia oyò auia buelto à empeorar, y que el accidente del desvelo, delirio, ò frenesi, se auia convertido en letargo, y modorra,*

Deposicion de Don Diego Vazquez de Aldana.

519 MEm. num. 618. dize: *Que yendo el testigo el Miercoles, que se contaron 19. de el dicho mes de Iulio de el dicho año de 45. à casa de el dicho señor Conde Duque, como à las doze del dia, oyò al dicho Don Enrique Felipez de Guzman su hijo, y à muchos criados que estauan alli con èl, dezir, que Dios le auia hecho grandes mercedee en auer dexado al dicho señor Conde-Duque en su juizio, y entendimiento para poder recibir à Nuestro Señor, y confessarse, como lo auia hecho con grande conocimiento, comoentre nueue, y diez de el mismo dia, y assimismo corriò esta voz por la Ciudad*; pero no oyò dezir el testigo si el cessar la demencia fue por dos horas mas, ò menos, porque no oyò en razon de esto cosa alguna.

Deposicion de Don Francisco de Victoria.

520 MEm. num. 624. dize: *Que el dia Miercoles 19. del dicho mes de Iulio, que se dixo tenia mejoria, y sossiego el dicho señor Conde-Duque, fue à su casa à saber de ella, y topò con el Padre Ripalda, su Confessor, à quien diò la enhorabuena de el juizio que se dezia auia recobrado su Excelencia, y el dicho Padre Ripalda le respondiò con señales de alegria, y dixo, que auia sido muy buena suerte, especialmente para que el mundo no tuviesse que pensar, de que vn Principe, à cuyo cargo auia estado esta Monarquia, muriesse sin Sacramentos.* Et inferius, ibi: *Ni tampoco oyò que le durasse el delirio, y frenesi; antes se acuerda este testigo de auer oìdo à Bernardino de Benavides, Escriuano del Numero de la dicha Ciudad, persona que se hallò presente à todo, por auerse otorgado ante*

el el poder mencionado en la pregunta; y al Doctor Francisco de Medina: que le curò, que la mejoria auia sido à su entero, y sano juizio: contestando en lo mismo en el *num.626.*

Deposicion de Don Francisco Garcia de Hoyos.

521 MEm.num.627. ibi: *Y solo sabe que en la dicha Ciudad fue publico que el dicho dia Miercoles por la mañana se auia aliuiado, y estaua mejor.*

Deposicion de Don Antonio de Salcedo.

522 MEm.num.630. *Que solo se acuerda que dos, ò tres dias antes que muriesse dicho señor Conde-Duque, oyò dezir en la Plaça de la dicha Ciudad vn dia por la mañana como el dicho señor Conde-Duque auia buelto en si, y que à toda priessa se auia embiado à llamar à Bernardino de Benavides, Escriuano del Numero.* Et inferius, ibi: *Que lo que lleua dicho oyò à muchas personas, y entre ellas à Bernardino de Benavides.*

Deposicion de Don Iuan Antonio de Deza, Cauallero del Orden de Santiago, Conde de la Fuente del Sabuco.

523 MEm.num.631. *Que se acuerda bien que poco mas de vn año de la muerte de el señor Conde el Doctor Francisco de Medina, Medico que le asistiò en su enfermedad, dixo en presencia de el testigo, y de otras personas, que estaua en vn corrillo, de cuyos nombres no se acuerda, que el señor Conde-Duque al tiempo de el aliuio, quando recibiò el Viatico, auia estado en su sano, y entero juizio.*

Deposicion de Don Antonio Ramirez de Arellano.

524 MEm. num.637. ibi: *Que siempre se dixo en la dicha Ciudad le auia durado desde el primero dia, hasta que muriò; excepto que tambien se dixo que auia tenido lugar de recibir el Viatico, y esto lo sabe todo de oìdas, como lleua dicho.* Y lo mismo repite ratificando en tenuta, *num.638.*

Deposicion del Doctor Alonso Trexo, Medico.

525 MEm. num.640. ibi: *Que passando vn dia por las puertas en donde viuia el señor Conde, y viendo salir mucha gente, preguntò què auia de nuevo, y como iba, y le respondieron, que acabavan de dar el Santisimo al dicho señor Conde-Duque; y el testigo no replicò*

mas de dezir: Huelgome mucho. Et inferius: *Que auiendo passado à visitar sus enfermos, y dado otra vez la buelta por la casa del señor Conde, tornò à preguntar à vn criado de su Excelencia de los de escalera abaxo, cuyo nombre no se acuerda, què como le iba, el qual respondiò, que su Excelencia se auia buelto à dormir, y que no le podian despertar; de donde infiere el testigo, que el delirio, y frenesi con que començò la enfermedad de el dicho señor Conde-Duque passò en letargo, en el qual medio tiempo pudieron morigerarse las potencias, y restituirse en su acuerdo; pero que esta materia la tiene este testigo por materia de disputa entre Medicos.*

Deposicion de Antonio Hernandez, vezino de la Ciudad de Toro.

526 MEmor. num. 642. ibi: *El qual dicho criado respondiò al testigo: Mejor, que ya ha buelto en si, y otorgado poder à la señora Condesa de Oliuares, y dentro de media hora, poco mas, ò menos, este testigo bolviò de la plaça de comprar de comer para su casa, y passando por la del dicho señor Conde-Duque topò à otro criado de su Excelencia, que tampoco se acuerda quien era, y le preguntò que como estaua el dicho señor Conde-Duque, el qual le respondiò al testigo, que ya auia recibido su Excelencia à su Diuina Magestad, y le contò à el testigo que el señor Conde-Duque, estando echada la cabeça à vn lado sobre la almohada, preguntò por tres vezes: No viene su Diuina Magestad? Y diziendole otros criados Ayudas de Camara, los quales le auian contado al que se lo dixo al testigo, le dixeron: Ya viene, señor; y que el señor Conde-Duque respondiò; Iesus como tarda; y le dixo à el testigo que el dicho señor Conde-Duque auia recibido el Viatico con mucha agonia, y contento.* Y repreguntado el testigo que entendia por agonia, dixo, *que entiende que es ansia, y deseo de recibir el Viatico.*

527 La referida ha sido toda la probança de los señores Marqueses; *videamus nunc*, teniendo los señores Duques à su favor el poder otorgado ante Escrivano publico, fiel, y legal, y con el numero de testigos que requiere el Derecho, sin recurrir à lo que ponderarèmos despues en la probança sobre la sana mente de el señor Conde, que es lo que deviera intervenir para desvanecer la fee de este instrumento, y contrastarla.

528 Esto se halla prevenido en nuestra ley de partida 117. *tit.* 18. *Part.* 3. disponiendo que para impugnar directamente la fee de vna escritura publica por testigos aya de intervenir el *testimonio de quatro homes buenos*; lo qual notaron los Autores Canonistas *in cap. cum Ioannes Eremita, de fide instrument.* y los Legistas *in l. optimam*, 23. *C. de contrahenda emption.* D. Gregor. Lop. *in dict. l.* 117. *glos.* 2. D. Covarr. *lib.* 2. *var. cap.* 13. *num.* 12. Petrus Augustinus Morla *in emporio iuris*, *tit.* 11. *de fide instrumentorum, quæst.* 5. *num.* 4. vers. *Sed quamvis*, Parlador. *lib.* 2. *cap.* 20. *num.* 16. Cevallos *commun. contr. commun. quæst.* 43. *num.* 8. *Et sic* para im-

impugnar este instrumento per obliquum; y indirectamente ha sido indispensable semejante probança, *aliàs* se incidiera en el inconveniente que por Iason pondera Altogrado en el *cons.* 50. *num.* 140. ibi: *Ad cuius confirmationem notabile absurdum considerat*, Ias. *dict. cons.* 124. *num.* 4. vers. *Aliàs sequeretur: quod etiam cum Iasone animadvertunt plerique alij ex suprà allegatis; & est quod cum in testamento requirantur septem testes, si de eo ad sit publicum instrumentum pro quo deponant quinque, vel sex testes instrumentarij, & instrumento contradicat vnus, aut duo illi soli essent cæteris omnibus præferendi, & esset in eorum facultate testamentum solemne proijcere cum maxima hæredis scripti iactura, & quidem, vt plurimum irreparabili, ex quo alij testes ad hunc actum, non solent regulariter adhiberi, quam necessarij.*

529 Lo qual en nuestros terminos lo resolviò assimismo Sousa Macedo en la *decis.* 2. en el *num.* 11. satisfaciendo, è interpretando la *glos. fin.* de la *l.* 1. *§. si quis neget, ff. quem test. aper.* por la qual algunos Autores quisieron que claudicasse el testamento por defecto de solemnidad quando alguno de los testigos negasse averlo sido.

530 *Quo sine dubio comprobato*, como se podrà dezir que los señores Marqueses han justificado lo que era de su obligacion, y necessario para obtener, pues de los veinte y siete testigos de que se han valido, y sobre que hemos discurrido, las deposiciones de las catorce sobre ser invtiles, como de oìdas, *vt fundauimus supr. num.* 481. mucho mas despreciables por las contrarias que incluyen, acreditando su variedad, è inconstancia sobre los convencimientos advertidos que padecen, desvaneciendose por las de otros doze testigos de oìdas, y deponiendo vnicamente de las favorables sobre la restitucion del señor Conde, como son Pedro de Humaña, Fr. Iuan de Iesus Maria, Fr. Iuan de Santo Thoma, Antonio de la Barja, Don Diego Vazquez de Aldana, Don Francisco de Victoria, Antonio Hernandez, el Doctor Alonso Trexo, Don Francisco Garcia de Hoyos, D. Antonio de Salcedo, Don Iuan Antonio de Deza, Don Antonio Ramirez de Arellano, los quales como presentados por los señores Marqueses en la censura de derecho, les son perjudiciales, *vti contra producentem* por el consejo tan conocido de Romano 104. *n.* 6. Paris. *cons.* 50. *n.* 60. *part.* 1. Ias. *cons.* 57. *num.* 15. *vol.* 1. Maranta *in specul. part.* 6. *tit. de testium productione, num.* 16. Mascard. *conclus.* 1242. *n.* 2. Farin. *q.* 62. *n.* 237. *cum seqq.* Lara *de Capellanis, lib.* 2. *cap.* 4. *n.* 63. Carlev. *lib.* 1. *tit.* 2. *dict. part.* 3. *num.* 17.

531 Con que la probança de los señores Marqueses, aun conquassadas vnas oìdas con otras, *quod non confitemur* en perjuicio de los señores Duques, viene à quedar reducida substancialmente à las deposiciones del P. Ripalda, y Doctor Cipriano de Maroja, contra las quales para debilitar, y desvanecer su fee, y credito, militan los reparos ponderados en los discursos que formamos sobre ellas, que epilogados estos reparos, consisten

532 Contra la deposicion del Padre Ripalda: Lo primero, porque

fue

fue testigo examinado ante Iuez incompetente, sin citacion de parte, que aunque se huviera abonado, y estuviera indemne de tacha, no haze mas fee que si no se huviera examinado; *vt fundauimus ex num.* 269. Lo segundo, porque todas las razones que expressò para persuadir la insania de el señor Conde, quedaron convencidas de insuficientes desde el *num.* 292. Lo tercero, porque fue quien aconsejò, cooperò en que confessasse, recibiesse el Viatico, y testasse el señor Conde; interviniendo en la junta que los Medicos hizieron el dia Miercoles del otorgamiento de el poder, resolviendo lo referido, como lo fundamos en el *num.* 318. Lo quarto, porque en consequencia de esta resolucion el Padre Ripalda fue quien confessò al señor Conde, publicando que lo avia hecho quasi generalmente, y muy à su satisfaccion, disponiendo, y agenciando el dia siguiente à su fallecimiento, que se hiziesse vna informacion para mayor credito de la integra capacidad de el señor Conde, y reparar con su disposicion las pretensiones que amenaçavan del señor Don Luis de Haro, como lo referimos, y comprobamos en los *numeros* 319. 320. y 321. Lo quinto, porque perseverò en este mismo dictamen, y conocimiento mas de tres años, cooperando en las disposiciones que la señora Condesa otorgò en virtud del poder de el señor Conde, defendiendole constantemente en todas ocasiones, haziendo viaje à la Ciudad de Pamplona para cerciorar à su Magestad de esta verdad, como se califica en el *num.* 322. Lo sexto, porque depuso, recediendo de lo referido, espontaneamente, y dando reglas à otros testigos con su deposicion, afectando escusarse de hazerla con cõvencimiento notorio de lo que depuso, como està advertido en los *numeros* 266. y 344. sin los demàs convencimientos que le hemos observado. Lo septimo, porque esto lo obrò, no movido de la verdad, sino es sentido de que el señor Duque de Medina de las Torres no le huviesse solicitado la licencia de mantenerse en esta Corte, y agradecido, y sobornado del señor Marquès en aver concurrido con sus oficios para conseguir lo que le dictava la inclinacion, segun que lo propusimos en el *num.* 346. y siguiente. Lo vltimo, porque en todos los motivos de su deposicion sobre proceder con arrojo, y temeridad, es vnico, y singular.

333 Contra el Doctor Maroja: Lo primero, porque las razones que expressò, sobre convencidas, quedaron acreditadas de insuficientes, y agenas de los principios llanos de Medicina, que su arrogancia expressò para persuadir la demencia del señor Conde, como lo fundamos desde el *num.* 350. en adelante. Lo segundo, porque la calidad de la enfermedad que propuso fue hija de su arbitrio, y por la relacion del Doctor Lazaro de la Fuente, quien no la tuvo, como ni el Doctor Medina por phrenetis, como lo supone, siendo singular en esto, y no deviendose diferir à ello aun quando padeciera tacha examinado como testigo, y en concurso de lo depuesto por los otros dos Medicos mejor informados de el accidente con la assistencia mas anticipada, como persuadimos desde el *num.* 359. Lo tercero,

ro, por la incompatibilidad que tiene, aver formado, como finge, concepto de la insania, y aver resuelto que el señor Conde confessasse, recibiesse el Viatico, y testasse, executandose lo referido por su resolucion, y consejo, como lo propusimos en los *numeros* 418. y 419. Lo quarto, por la repugnancia, que assimismo incluye aver reconocido, y confessado lo consequente que el señor Conde estuvo en responder que no estava para hazer test amento, condescendiendo en el otorgamiento del poder, nombrando con la expresion de sus nombres heredero, sepultura, y testamentarios, y profiriendo otras muchas razones hijas de su integra capacidad, y suponer este testigo en otra parte que solo responderia de si, y de no à lo que se le preguntava, *vt patet* en los *numeros* 398. y 399. Lo quinto, porque despues del otorgamiento de el poder, y fallecimiento del señor Conde, en todas ocasiones, movido de la verdad, publicò la integra capacidad que consiguiò, *vt patet ex num.* 407. Lo sexto, porque con conocimiento de ella intervino como testigo en el otorgamiento de el poder, le autorizò con su firma, no deviẽdo creersele mediante lo referido en lo que posteriormente ha depuesto, *vt fundavimus ex num.* 426. Lo septimo, porque incidiò en esta torpeza por los aumentos de Don Claudio de Maroja su hijo, fomentados con el patrocinio de el señor Marquès de Leganès, como lo persuadimos en el *num.* 446.

534 Con los referidos reparos, y otros muchos que quedaron observados en el reconocimiento de las deposiciones de estos testigos, bien podemos concebir que no solo carecen los señores Marqueses del *testimonio de quatro homes buenos*, que requiere la ley de Partida, citada *supr. num.* 528. sino es que aun no existen con alguno que pueda ser ponderable, y concurriendo lo que persuadirèmos en las probanças de los señores Duque, cōcluir este parrafo con las palabras de Iulio Caponio en terminos semejantes en la *discept.* 370. *num.* 42. ibi: *Quæ si vera sunt, prout sunt verissima porrò clientis iura in tuto sunt collocata, siquidem cum ijs publico instrumento testamento innitatur adversus illud, vel actor nullas affert probationes, vel saltim non concludentes, neque omni exceptione maiores, vel tandem actoris probationes testamenti reprobatoria conventi probationibus testamentum coadiuvantibus cedere debent.*

§. III.

Que por la calidad de la enfermedad no han probado los señores Marqueses la incapacidad de el señor Conde en el dia del otorgamiento de el poder, ni que se continuò el furor precedente en èl.

535 REconociendo los señores Marqueses que sus testigos no pudieran concluir por actos externos la insania de el señor Conde-Duque en el dia Miercoles 19. del otorgamiento del poder, ni al

al tiempo dèl como era necessario, *vt fundauimus supr. num.* 189. ò què sus deposiciones avian de quedar superadas con la certidumbre de làs de los testigos de los señores Duques, concordando en là integra capacidad del señor Conde; para desvanecerla se han valido, juntamente los señores Marqueses, de la calidad de la enfermedad, ponderando que incluyò vn delirio perenne, y còntinuado, desde que tomò principio, hasta el dia de su fallecimiento; si bien con la inconstancia de expressàr vnas vezes què fue *vigil coma*, y otràs *phrenetis* verdadera; cuya variedad por si sola pudierà desacreditar el argumento que pretende deducir de està presumpcion; pero esperamos dexarla con notorio convencimiento, verificando que no fue la enfermedad que padeciò el señor Conde, ni *vigil coma*, ni *phrenetis*, sino *paraphrenetis*; y por consequencia, que sin embargo tuvo compatibilidad la restitucion de el señor Conde en el referido dia Miercoles, con la calidad de la enfermedad, y furor de lós dias precedentes, permitiendò los intervalos que logrò.

Fundase que no fue vigil coma.

536 VErificase el assumpto en que à esta enfermedad la difiniò con Galeno, Avicena, y otros P. Garc. *de loc. affect. disp.* 10. *cap.* 1. *Ægritudo composita ex duobus humoribus, scilicè; phlegmate, & cholera*; y lo mismo sintiò Zach. *quæst. Med. legal. lib.* 2. *tit.* 1. *quæst.* 13. *à num.* 10. siendo el efecto que produce, segun el mismo Zach. en el lugar referido: *Procliuitas in somnum ob quam Ægri semper dormire desiderant, sese tamen ipsi interdum excitant, ac sæpè expergiscuntur, somnusque non continuus est, sed breuis, & interruptus, & sæpè de locò ad locum moventur, tanquam hi qui dormire conantur non tamen quietem in somno inveniunt*; y no se hallarà què la comuniquen semejante nõbre, ni efectos à esta enfermedad los testigos dè los señores Marqueses, ni quando lo hiziessen se deviera diferir à ellos, por ser ageno, y estraño de su conocimiento, en que solo pudieran tener recomendacion las declaraciones de los Medicos, *ex l. semel, C. de re milit.* Pero no aviendo el Doctor Maroja, que es el mas propicio à los señores Marqueses, expressado semejante enfermedad, *imò potius* otra diversa, han recurrido los señores Marqueses para põderar la vigil coma à vnas palabras de la deposicion del Doctor Medina, ibi: *Fue calentura continua con sus crecimientos, y enagenacion de la razon, nacida de vna destemplança caliente, y humeda*; con las quales forman vn argumento, *scilicèt*, el Doctor Medina dixo, que la calentura que padeciò el señor Conde naciò dè vna destemplança caliente, y humeda: luego fue vigil coma, ò typhomania, *pues esta enfermedad se compone de estos dos humores.*

537 Y para convencer la mala consequencia, què se hà querido deducir de lo depuesto por el Doctor Medina. Lo primero, se la negamos como

mo mal hilada, y inferida, lo qual por si bastava para desacreditarla.

538 Lo segundo, porque devemos acordar, como acordamos, q̃ todas las calenturas que se originan *ex putridine sanguinis*, tienen el origen de la destemplança caliente, y humeda, que es su propia essencia, y naturaleza, vt firmat Galen. en el 2. *tom. de sus obras, lib. 1. de causis morb.* donde la difine assi: *Sanguis autem calidus, & humidus.* Y en el *lib. 2. de tumor. præt. nat.* ibi: *Necesse est igitur, vt sanguinem moram trahentem putrescere quæ enim calida, & humeda corpora calido loco congregata sunt omnia facilè putrescunt, si neque euacuētur, neque refrigerentur*; y lo mismo dize Auicen. *lib. 1. doct. 4. cap. 1.* y es sentēcia sin disputa entre los Autores Medicos, vt firmat Enriquez *oper. Med. tom. 1. disp. 2. cap. 1.* ibi: *Hoc indubitanter omnes Medici fatentur.* Luego no por que se origine la calentura de destemplança caliente, y humeda, se sigue de necessidad, que es vigil coma.

539 Lo tercero; porque suponiendo los señores Marqueses por vn lado que el señor Conde padeciò vn delirio propio por inflamacion de celebro, que se causa de colera; tiene contradicion el fingir por otro que la enfermedad fue vigil coma, por producirse esta de flema, y colera.

540 *Vlterius*, porque no ay mas especies de frenesi, que las que refiere Galeno 3. *de loc. affect. cap. 5.* que son con calentura phrenetis; y para phrenetis, y sin calentura mania, y melancolia, y sus especies, y siendo esto assi no se devè deducir otro genero de delirio que no traen los Autores, ni en su essencia la vigil coma incluye inflamacion, ni delirio, quando solo se difine, como queda expressado, *affectio in qua ægrotantes modo vigilant, modo dormiunt*; siendo la razon clara, por que el sueño no es delirio, ni causa de èl, ni la vigilia, si no es siendo muy inmoderada.

541 Galeno haze memoria de este afecto en el 3. *de loc. affect. cap. 4. propè finem*; y no dize que sea inflamacion, ni que trayga delirio, sino es que de la flema, como sea humeda; y de la colera, como sea caliente, se haze vn medio temperamento, cuyas palabras son, ibi: *Cum hi fariam (vt iam declaratum est) fiant huiusmodi intemperies, duplex quoque erit huiusmodi dispositionis modus; vnus quidem in humidis, siccisque humoribus, alter verò in corporibus solidis, si aliquando in easdem temperies i, solidæ partes, atque humidæ inciderint, præterea quamvis iam dictæ temperies, sint contrariæ fit tamen ex ipsis, mixtum quoddam temperamentum, vt in vigilantis sopore cum pituitosus biliosusque humor abundauerint*: Luego supuesto que tratando de este afecto Autor tan grave, à quien siguen todos los modernos, no dize que sea delirio, ni que incluya en si inflamacion, siguese que los señores Marqueses no le persuaden por el medio de la vigil coma, ni que con ella le padeciesse el señor Conde.

542 No podemos olvidar que se pondera, y cita para confirmacion de que el vigil coma trae frenesi, y delirio, siendo mixto de colera, y flema, vn lugar de Pedro Garcia Carrero *tract. de loc. aff. disp. 7. cap. 1.* vbi ait: *Et quantum attinet ad phrenetidem apparet communis sententia Galeni.*

Nam

Nam lib. 2. de sympt. cauſ. cap. vlt. dicit: *Phrenetis non tantum à calidis ſuccis habet ortum, ſed & ſuprà id phlegmonem in cerebro, & eius involucris excitat.* Pero es coſa deſdichada que las autoridades de los hombres doctos lleguen à manos, y entendimientos que aun en el ſentido natural no entiẽden, pues aun no ſaben lo q̃ ſignifica flemõ, que qualquiera hombre rudo dirà (y dirà bien) que es vn humor hecho de ſangre, y colera muy caliente, y las palabras que trae de Galeno Pedro Garcia, no ſon para probar que ſe haze de flema el delirio, ſino es como ay diverſos modos de cauſarſe el delirio, es vno por inflamacion tumoroſa de humor muy caliente en el celebro, y otro modo, ſin que aya tumor por abundancia de los miſmos humores colericos, y aſsi dize: *Phrenetis non tantum à calidis ſuccis habet ortum, ſed ſuprà id phlegmonem in cerebro, & eius involueris excitat.*

543 Y porque no ſe ignore que coſa ſea flemon, diremos ſu ſignificado Fœſio *in lib.* que ſe intitula *Æconom. Hippocr. vel Lexic. Hippocr.* refiere ſu ſignificacion, que es adonde explica los vocablos Griegos por ſu propia ſignificacion Latina, donde explicando la palabra *phlegmon*, dize: *Inflammationem ſignificat, & antiquis omnem ardorem indicabat, ſiuè cum tumore, ſiuè citrà tumorem*; y aſsi para quando ſe ofrezca otra vez la palabra phlegmon, ſe tendrà advertido ſu ſignificado, y no ſe tomarà por pituita, ò flema, como ſe hizo para ponderar el lugar de Pedro Garcia: y Valles *ſobre Hipp.* entendiò la palabra phlegmon, ò flema por ardor con tumor, ò ſin èl, *en el text. de los Prognoſt.* adonde Hipp. dize: *Fiunt ad infernas Regiones quibus circà hypochondria, phlegmatis aliquid fit*; y comentando eſte lugar Valles: *Nomen phlegma ſignificat ardorem, aut à dictionem à verbo phlego, quòd ſignificat idem quod vro*; y aſsi no ſe conciba, como con error ſe ha tomado, phlegmon por humor frio, y humedo, pues antes ſignifica en Hipp. ardor.

544 Lo quarto, porque aunque confeſſaſſemos que la vigil coma incluya delirio, devemos acordar para convencer que no fue eſta la enfermedad que padeciò el ſeñor Conde lo que el Doctor Medina aſsimiſmo dize, ibi: *Que la calentura continua que ocaſionò al ſeñor Conde el enagenamiento, era con ſus crecimientos, Memor. num.* 1098. con que expreſſamente excluyò la vigil coma, pues la eſſencia de eſta enfermedad *ad minus* para que conſtituya la afeccion propia de los dos eſtremos de dormir, y vigilar à vn miſmo tiempo ſe compone de dos enfermedades perfecta cada vna en ſu eſpecie, que no reciben intermiſion, y afirmandolo aſsi Pedro Miguel *oper. Med. tom. 3. ſect. 1. diſp. 4. cap. 1.* concluye con que el humor calido, y humedo no concurren en la vigil, como haziendo vna forma de enfermedad (ſegun ſucede en la terciana nota, en la qual ambos humores hazen vna acceſsion) ſino ſeparatim, guardando cada vno ſu eſſencia; *ſic Pet. Mig.*

545 Lo quinto, porque ni el Doctor Medina, como lo dexamos ex-

expressado, depuso que era vigil coma, ni otro alguno de los Medicos que curaron al señor Conde-Duque; antes bien lo contrario, no deviendosele creer tampoco en ello al Doctor Maroja de oìdas al Doctor Lazaro de la Fuente, ibi: *Le pareciò al Doctor Lazaro de la Fuente que la enfermedad que padecia era la que llamamos phrenetis, y que lo juzgò assi.*

546 Lo sexto, porque si entre los afectos de esta enfermedad es vno *Procliuitas in somnum, ob quam ægri semper dormire desiderant*, no hallarèmos testigo alguno que deponga de este afecto desde el principio de la enfermedad, ni en el progresso de ella, hasta despues de el otorgamiento de el poder, el que avia padecido se convirtiò en letargo.

547 *Et tantum abest*, que el señor Conde huviesse tenido esta propension continua al sueño, que los principales testigos de los señores Marqueses le suponen furioso, desde el principio de la enfermedad, hasta el Miercoles, en que à su pesar confessaron el alivio; como son el Padre Ripalda, *Mem. num.* 535. *& num.* 573. Alonso Perez, *num.* 647. y el Doctor Maroja, *num.* 554. con la especialidad, de que aviendo llegado el Lunes à Toro, hallò al señor Conde-Duque con la calentura dando vozes, diziendo: *Ea, no venis? &c.*

548 Y vltimamente, *dato, & non concesso, sine veri præiudicio*, que huviesse sido vigil coma la enfermedad que padeciò el señor Conde, *adhuc*, con ella fue testable, y pudo legitimamente otorgar el poder sobre que es la disputa, Zacch. *quæst. Med. leg. lib.* 2. *tit.* 1. *quæst.* 13. *num.* 10. y 11. ibi: *Priores in priori morbo constituti habent solum modo propensionem quandam ad somnum, ac facilè dormiunt, sed facilè etiam excitantur.* Et ibi: *Sed in his locum habere potest, quod si quem actum gerere quem quilibet sanæ mentis faceret irritus esse non deberet.* Y dà la razon, ibi: *Et ratio est, quia interdum natura valida, atque impetu quodam excitato turbidis vaporibus à rationis sede deturbatis sanitati mentem restituit, vel saltem interualla dilucida concedit.*

549 En lo qual vino à convenir con la excelente explicacion que diò à este afecto el Doctor Pedro Miguel en el capitulo especial que hizo de la vigil coma, ò typhomania *tom.* 3. *oper. med. sect.* 1. *disp.* 4. *cap.* 1. concediendo la possibilidad de restitucion absoluta, ibi: *Ad quod respondeo, primo non esse de intrinseca ratione typhomaniæ, quod simul sint somnus & vigiliæ, sed satis esse, quod sub eadem figura morbi per mutuam vicissitudinem eueniant illa symptomata, ita quod bilis certo tempore vincat pituitam, & appareat delirium cum vigilia in alio pituita bilem superat, & somnus accedat, & remittatur delirium, aut cesset omninò fitque febris remissior.*

550 *Et quidem*, porque como supone Zacchias en el lugar proximamente referido, que parece que contemplava los terminos de esta controversia, evacuado el enfermo pueden faltar los dos accidentes de vigilia y sueño, que son los afectos de la vigil coma, quedando libre por entonces el

el entendimiento para poder obrar con perfeccion, como lo dixo Galeno *en el comm. sobre el text. 1. de los Prorhiticos*, ibi: *Quarta verò die copia iam imminuta, & præsertim si Medicus eam vacuare præuenerit, atque acrimonia coacta, desinere vtrũque symptoma, tum vigilia, tum coma par est.* Con que no deviendose dudar por que resulta de vnas, y otras probanças, y lo confiessa el Doctor Maroja, que el señor Conde estuvo evacuado de diversas sangrias, y de vna ayuda, con el beneficio de mas de veinte y tres cursos, manifiestamente se acredita que en el quarto dia que experimentò el alivio, se verificò lo que Galeno explicò en el comentario de este texto.

Ponderase que no fue phrenetis propria.

551 NO ay para comprobacion de que la enfermedad padecida por el señor Conde fuesse phrenetis propia otro fundamento que la deposicion de el Doctor Maroja, ibi: *Es la enfermedad que llamamos phrenetis.* Y siendo vnico en lo que declara, y expressa, sobre padecer tantos defectos como le quedan opuestos desde el *num.* 397. no se deve diferir à lo que en esta parte depone, *vt fundauimus etiam, ex num.* 359. *& seq.*

552 Lo primero, porque esta enfermedad, segun la difinicion de Pedro Garcia *de loc. affect. cap. 1. disp. 7. Et inflammatio cerebri, & delirium perpetuum cum febre continua*; *vt refert etiam Paul. Zacch. quæst. Med. legal. lib. 2. tit. 1. quæst. 16. num. 6.* diferenciando la del paraphrenetis, y de otras enfermedades, en que esta subsiste por si, siendole accessoria la calentura, deduciendo de ello, que por esta causa es perpetua, y que no permite dilucidos intervalos, *vt docet ipse* Zacch. *dict. num. Illud rectè à Menochio traditum est phrenetidem semper durare ex quo incipit; vndè constat ipsum veram phrenetidem, & sic propriè dictam diffiniuisse, non veram de priori enim solummodo verificari potest, hoc dictum cum nullas habeat interpolationes, sed perpetua sit, præsente cerebri inflammatione, semper homo, & febrit, & delirat.*

553 Luego si està probado el intervalo que logrò el señor Conde el Martes en la tarde, y se descubre con tanta evidencia el de el Miercoles, en que se otorgò el poder con el alivio, que no han podido negar los testigos mas favorables de los señores Marqueses; y aviendole articulado la entera restitucion que afirman los de los señores Duques, como se dirà en su lugar, siguese con evidencia, que no pudo ser, ni fue phrenetis verdadera la enfermedad que padeciò el señor Conde, pues no eran compatibles cõ los efectos de ella los intervalos que estàn tan exuberantemente justificados, siendo en la Medicina regla constante que las enfermedades se conocen por sus accidentes, y efectos, Galen. 1. *de loc. affect.*

554 Lo segundo, porque con los remedios de que vsò el Doctor Maroja, vino à reconocer, y à confessar que no era phrenetis verdadera el acci-

 den-

dente del señor Conde, pues vsò de el de la expurgacion que produxo el efecto de mas de veinte y tres cursos, como sobre contestarlo todos los testigos, lo declara en su deposicion, *Mem. num.* 610. aviendo jactabundo publicado, que à este remedio se deviò la restitucion del señor Conde, del qual no huviera vsado si la enfermedad fuera phrenetis propria; porque cōsultados los mejores Medicos, lo primero que aconsejan, es, que no se vsé de este remedio, especialmente quando el phrenetis està radicado en la cabeça; sic ex Valles *de sent.* Hipp. *tract. de vict. rat. inacut. lib.*4. *fol.*457. ibi: *In inflammationibus cerebri incipientibus eis præcipuè quæ cum delirio, & quadam convulsione expurgantur cum periculo, quia vt dixit ipse Hipp. calefaciunt caput ipsa Pharmaca.*

555 Y el Doctor Pedro Miguel *in cap. de curat. phrenet.* 6. *sect.* 1. *disp.* 1. *de morb. acut.* dize: *An verò phreneticis sint expurgandi: in qua controversia sit primo certum in sanguinea phreneti de expurgandum non esse ratio est, quia materia antecedens, non cadit subiecto purgationis. Secūdò certum est, quod non est expurgandam quando malum iam est firmatum in cerebro. Ratio est, quia sunt phrenetici distracti nimis ob intensionem delirij, & ita neque sentiunt molestiam humoris, neque acommodantur instrumenta expulsione dicata, & sic inducta noua agitatione in humoribus mouentur ferocius, & caput petunt*: Luego se nos ha de confessar por parte de los señores Marquesses, que la enfermedad que padeciò el señor Conde en dicho tiempo no fue verdadera phrenetis; ò que su Medico Maroja le curò con remedios opuestos, ò agenos de la enfermedad; lo qual no se reconocerà por dexar permanente su pericia, y habilidad.

Pruebase que fue paraphrenetis.

556 LO primero, porque esta enfermedad, segun la decision de Pedro Garcia *de loc. affect. disp.* 7. *Est affectio capitis, in qua inest delirium per consensum, cum affectu alterius partis; scilicèt, cum febre ardente,* idem tenet Zacch. *quæst. Med. legal. lib.* 2. *tit.* 1. *quæst.* 21. *n.* 1. cuyos afectos son tener por principal la calentura, y por accessorio el delirio, siguiendo su semblante de manera, que en el crecimiento permanece, y declina, y cessa declinada, y minorada la calentura, y por esso los Autores Medicos concuerdan en que en la paraphrenetis se permiten intervalos, ò interpolaciones, Zacch. *dict. quæst.* 21. ibi: *Habent huiusmodi ægrotantes sui delirij exarcebationes quasdam, & remissiones, prout febris exarcebatur, aut remittitur, & in dict. quæst.* 16. *num.* 9. ibi: *Secus autem in non vera phrenetide euenire debet, in qua dilucida ad fuisse interualla præsumi possunt.* Luego si como hemos ponderado, en la enfermedad de el señor Cōde huvo los intervalos que quedan referidos, siguese que fue paraphrenetis la enfermedad que padeciò, por la regla de que todas se disciernen por sus efectos, *de qua ita num. anteced.*

557 Lo segundo, porque no solo estàn los señores Duques assistidos para prueba de que fue paraphrenetis de los efectos de la enfermedad, sino es que tambien tienen por si el juizio, y dictamen de los Medicos, pues el Doctor Lazaro de la Fuente, depone, *Mem. núm.* 1056. que en la mañana de el Sabado, que començò la enfermedad, hallò al señor Conde con calentura, y sin delirio; contestando en ello los testigos referidos *supr. ex num.* 222. y à las cinco de la tarde recohociò en el crecimiento el desconcierto de su razon, sobre deponer de vista de los dos intervalos perfectos del Martes, y Miercoles por la mañana, y del Doctor Medina con la deposicion de estos intervalos, y del Doctor Maroja, que aunque calla el de este dia, viene à reconocer el de el Miercoles por la mañana; aunque con la epiqueya de no concebirle por suficiente, confessando juntamente que la calentura era con sus crecimientos, y declinaciones, *Memor. num.* 611. ibi: *Sino que se conseruò en vn genero de declinacion.*

558 Supuesto que tenemos ajustado por los efectos de aver empeçado la enfermedad con calentura, y sin delirio, y de los intervalos innegables por el juizio de copioso numero de testigos, y de dos Medicos, *& ferè* por el de Maroja, segun la declinacion reconocida, y que el delirio que padeciò el señor Conde fue paraphrenetis, resta aora ajustar de què humor se originò, ò pudo originar la calentura que produxo este delirio, con cuya prueba desvanecerèmos la de la vigil coma, que se quiso deducir de la declaracion del Doctor Medina, y el phrenetis mal arbitrado del Doctor Maroja.

559 Y no solo dezimos que pudo originarse, sino es que afirmamos, que real y verdaderamente se originò, *ex vitio, & putredine sanguinis* (que es caliente, y humeda, *vt iam probatum est*) *siquidem ex sent.* de todos los Autores Medicos que se causa de todas las especies viliosas, y colericas, y assimismo de las sanguineas, como de sentencia de Galeno, y Hipocrates lo prueba Pedro Miguel *de morb. acut. sect. 1. disp. 1. cap. 2. in princip.* ibi: *Cum ex doctrina Galeni bilis omnes species, & sanguis, prædictum caussabunt malum.*

560 Luego bien hemos afirmado, que la calentura que causò este delirio pudo originarse de la destemplança, ò putrefaccion de la sangre, que es caliente, y humeda.

561 *Vlterius*, que real y verdaderamẽte se originasse de esta destemplança nos lo han intentado probar los señores Marqueses, y algunos de sus testigos, pues en la quinta pregunta de tenuta, y sexta de la propiedad, *Fol.* 257. articularon, que la mañana del Miercoles recibia el señor Conde con risa à los que le hablavan, añadiendo, q̃ avia sido accion continua en todo el discurso de dicha enfermedad y delirio; y es cierto *ap. omn. pract.* q̃ quando el delirio sucede con demõstraciones de risa depende de la destẽplança de la sangre, y por ser esta caliente, y humeda contrarios en si, y que *ad inuicem* se templan, que es seguro, ò menos dañoso que el que se origina

na de la destemplança colerica, y seca, ù de la melancolica; sic prob. Avicen. *fen.1.tract.3.cap.2.* ibi: *Dicimus ergo, quod primum signorum facti à sanguine est, quod communitas accidentium eius accidit cum risu*; y en el mismo sentido explica el texto de Hipp. Ped. Miguel *oper. Med. tom.3. de morb. acut. sect.1. disp.1. cap.2. in princ.* ibi: *Desipientiæ quæ cum risu fiunt securiores, quæ quidem cum studio periculosiores; expositores verò intelligunt per desipientias factas cum risu, quæ pendent ex sanguine, ob idque securiores.*

562 Y aun por esta razon Paul. Zacch. *lib.2. tit.1. quæst.22.* hablando del paraphrenetis, *num.2. & 3.* dixo, que este delirio era mas, ò menos durable, segun la abundancia de la diversidad de humores que fluyessen vapores à la cabeça, ibi: *Quod ex diuersitate materiæ morbum excitantis, & ex quâ vapores eleuantur ad caput*; confessando juntamente que son mas seguros los paraphrenetis originados del vicio de la sangre, ibi: *Nam pro delirijs potius potest quis magis, ac minus aptus esse ad multa facienda item; & pro eiusdem delirij duratione, & interpolatione; siquidem deliria melancholica ex atrabile prouenientia, & longius durant, & magis mentem turbant, vndè difficilius ægroti etiam morbo remittente qui delirium excitant resipiscunt; contrarium enim de delirijs, ex vitio sanguinis prouenientibus.*

563 De que devemos inferir, que confessandonos que los accidentes de el delirio fueron con risa, aunque no nos rendimos en el todo à lo que sobre ella deponen el Padre Ripalda, y Doctor Maroja, y que en el espacio de quatro dias, desde el Sabado, hasta el Miercoles huvo dos intervalos, tan perfectos como resultan de las probanças, vno de dos horas; y otro de siete, de necessidad se nos ha de confessar, que la destemplança que ocasionò el delirio fue paraphrenetis causada de el vicio, y putrefaccion de la sangre, que por ser caliente, y humeda es mas seguro; porque aliàs si naciera de humor colerico puramente, ò melancolico, careciera de aquel efecto, y fuera mas dificil el intervalo, è interpolacion: *Difficilius ægroti etiam morbo remittente, qui delirium excitat resipiscunt*, que es lo que dixo Paulo Zacch. *vbi proxim.*

564 Obstinados los defensores de los señores Marqueses en que no fue la enfermedad del señor Conde paraphrenetis, ò delirio *per consensum*, sino es, ò su vigil coma soñada, ò su phrenetis mal inducido, que incluye por propia passion el delirio continuado, han querido ponderar que no podia durar quatro dias, desde el Sabado, hasta el Miercoles, en que por los señores Duques se propone la remission, lo qual se satisface *ex abundanti.*

565 Lo primero, con lo que està probado sobre convenir todos los efectos à la calidad, y essencia del paraphrenetis, y aver intervenido el intervalo del Martes en la tarde, de que no ha podido, ni deve dudarse.

566 Lo segundo, porque aun en caso que este no se huviera descu-

bier-

bierto,y reconocido tan patentemente,pudo alcançarse vn crecimiento à otro; y que quando vn crecimiento estava en su fuerça,y vigor,entrasse el otro; y como avia vapores calientes,ò hollines que calentassen,y destemplassen la cabeça continuadamente ; por esta causa continuasse el delirio, aunq̃ fuesse *per consensum* todos los quatro dias,no porq̃ estuviesse la causa fixa en el celebro,sino es porq̃ del hervor de la calentura continuada se le fuessen ministrando vapores ardientes al celebro q̃ le dispusiessen à executar acciones depravadas, y delirantes, lo qual sucede muchas vezes en las calenturas,llamadas subintrãtes,que en el vigor de la vna entra la otra, y assi parece que continùa, y sus accidentes son continuos; y tambien se experimenta lo mismo en las continentes de hervor de sangre, como lo sintiò Ped. Miguel en el *cap. 3. de natura delirij, §. 2. Idem clarè constat, si ob cõmunicatas fuligines delirium causetur, nam incõtinentibus febribus, perpetuò crescentibus si traberetur cerebrum in consensum quomodo remitteretur delirium? Aut intermittere posset? Si prima causa illices augeretur continuò, nec in hoc existimo posse esse descidium inter Authores.*

567 Lo tercero,porque el delirio propio se distingue de el impropio en que el propio siempre permanece, como hemos reconocido, aunque decline la calentura,y el impropio declinando la calentura,declina èl;con que aviendose reconocido,y confessado por todos tres Medicos la imperceptible,ò ninguna calentura,con que se hallò el señor Conde el dia Miercoles por la mañana con el alivio,y quietud, que no se ha podido negar, de su persona,se manifiesta que el delirio que padeciò en los dias precedentes fue *per consensum*, y no essencial por propia afeccion de el celebro, pues declinada la calentura,y evacuado el señor Conde con dos sangrias, y la ayuda,que le excitò veinte y tres cursos, aviendo menos material quitò que huviesse en dicho dia Miercoles calentura subintrante,y que en el crecimiento de la vna no viniesse la otra; y empeçando à remitirse la de el Martes,se remitiesse el delirio de tal modo,que remitida por la mañana de el dia Miercoles no huviesse delirio,por ser *per consensum*,y no por primaria afeccion,pues solo seguia el hervor de la calentura, la qual declinada fue preciso que declinasse el delirio, como lo siente Galeno *lib. 3. de loc. affect. in vltimis verb.* ibi: *Neque latere vos debet, vbi per consensum quis afficitur fiatque adhuc affectio, quod delectis ipsius causis, ipsam quoque simul deletur.*

568 Lo quarto,porque la edad del señor Conde-Duque era de la senectud,que segun Galeno, seguido de todos los modernos, es edad fria, y humeda, en que solo se engendran humores de esta templança, como frios,y humedos; y si el phrenesi propio, segun el mismo Galeno, se compone de colera,que es caliente,y seca: luego en la edad de la senectud, de que constava el señor Conde, no pudo aver delirio *per propriam essentiam*, respecto de que los humores de ella fueron frios,y humedos,y aptos solamente à causar afectos frios de cabeça, como letargo, apoplegia,y otros

otros humedos, y frios afectos; y por consequencia legitima se deduce, que segun la edad del señor Conde, su enfermedad fue paraphrenetis, ò delirio *per consensum*, y no phrenetis propia *per propriam essentiam.*

569 Que el frenesi *per propriam essentiam* se cause de colera, y no de qualquiera, sino es de la flava, q̃ es muy caliente, lo enseñò Galeno sobre el *text.1.de los Prorrhiticos*, ibi: *Phrenetis siquidem quæ exquisita est, & nulli alteri morbo permiscetur fit cum bilis flaua, locum in quo Princeps animæ pars residet apprehenderit.*

570 Lo quinto, porque de toda la probança, y deposiciones de los tres Medicos, resulta, que despues de las sangrias, y ayuda que produxo tan copiosa evacuacion, se siguiò la remission de la calentura, y de el delirio, como de la del Doctor Maroja se deduce, *Memor.num.610.* ibi: *De manera que desde diha noche, hasta Miercoles por la mañana, fin del quarto dia de la enfermedad, y entrada del quinto, obrò veinte y tres, ò veinte y quatro cursos, con los quales se le aliuiò por entonces la calentura, y la cabeça se compuso algo por dos, ò tres horas, poco mas, ò menos, y en este tiempo conociò, &c.* Et num.611. ibi: *Remitiendose la fiebre, y el delirio. Sed sic est*, que con esta evacuacion no se evacuò cosa alguna de la cabeça, sino es del vientre, y de las venas mayores: luego la causa estava en las venas mayores, y en el vientre, y no en el celebro, luego la enfermedad fue *delirium per consensum*, y no por propia passion, pues removido, aquietado, y purgado el humor de las venas, y del vientre, y no del celebro, declinò, que es la señal del delirio *per consensum.*

571 Siendo el afecto el que queda probado vn delirio por consentimiento del hervor de las venas de los humores que hazian la calentura, no ay duda que declinando la calentura estaria capaz, y con actos perfectos del entendimiento el señor Conde-Duque, pues todos los Autores sienten, que cessando la causa del delirio *per consensum*, cessa el delirio, porque ya no ay vapores tan calientes que destemplen el celebro, ni dispongan para hazer los actos erroneos, assi lo siente Galeno en el lugar citado *supr. 3.lib.de loc.affect.cap.5.* à quien comunmente siguen todos los Autores, Lud. Mercat. *tom.3.de loc.affect.cap.propr.de phrenet.* Petr. Michael de Hered. *cap.propr. de phrenet. & delir.* Zacut. Lusit. Daniel Sennert. Heurnius, Mercurialis, Alex. Massar. *& alij innumeri*, Paul. *denique* Zacch. *quæst. Medic.legal. lib.2.tit.1.quæst.21.num.4.* dize, que los instrumentos que se hazen en la declinacion de los crecimientos en los que han padecido delirio *per consensum*, son validos, ibi: *Illud autem dumtaxat ad I. C. scire maximè pertinet, an actus ab ægro celebrati quem cõstet decessisse ex febre cum paraphrenetide coniuncta celebrati fuerint in ipsius febris vigore, & exacerbatione, an in eius declinatione, & remissione, &c.*

572 Y es muy conforme à razon, y buena medicina, que evacuada tanta cantidad de humor, que como mas facil de moverse seria el delgado, y colerico, *quia calidæ dispositiones facilè mobiles*, y quedando lo gruesso,

frio,

frio,y humedo; y aviendo quedado debil la cabeça de lo mucho que avia padecido en los quatro dias antecedentes, el crecimiento ſiguiente fueſſe vna calentura perniciofa *per decubitum humoris ad caput*, y hizieſſe vna apoplegia, como lo hizo, es doctrina del Doctor Luis Mercado, doctiſsimo Medico, en ſu tratado *de febrib. pernitioſ. cap. de febre pernit. per decub. humor. ad caput*, donde dize: *Quod debilitas capitis conducit, vt natura in principijs paroxyſmorum mittat humorem in partem debilem ſcilicèt caput*. Y de aqui ſe ſigue, que no ſolamente es valido el poder, porque ſon validos todos los inſtrumentos que ſe hazen en la declinacion de la calentura que cauſava el freneſi, ſino es que aviendo avido preciſamente, ſegun la idea de la enfermedad, diez, ò doze horas deſde que ceſsò el delirio *per conſenſum*, haſta que mudò de eſpecie la enfermedad, aviendo paſſado à apoplegia, y no aviendo buelto à repetir delirio, con mas ſeguridad puede afirmarſe eſtuvo en ſano juizio, pues no tuvo la cabeça cauſa que la deſtemplaſſe en todo eſte tiempo, haſta que con el nuevo crecimiento hizò decubito à la cabeça, y causò la apoplegia eſte tiempo, fue en el qual ſe cõfeſsò, recibiò el Viatico, y en que diò el poder à la ſeñora Condeſa: luego el poder es valido, pues ſe hizo en tiempo en que el entendimiento tenia templança perfecta para hazer todos los actos en toda perfeccion, y deſpues de las nueve horas paſsò à la apoplegia.

573 Sin que pueda ponerſe en controverſia la declinacion, y remiſſion de la calentura, como lo deponen el Doctor Lazaro de la Fuente, *Memor. num.* 1100. y el Doctor Medina, *num.* 1098. y no pudo negar el Doctor Maroja; antes bien virtualmente lo vino à reconocer con lo que le obſervamos *ſupr. num.* 570.

574 Y vltimamente, para que ſe vea quan alentado procediò en figurar aver ſido phrenetis la enfermedad del ſeñor Conde, inconſideradamente con el pretexto de la relacion del Doctor Lazaro de la Fuente, que expreſſa lo contrario, arbitrando la duracion del delirio en el dia Miercoles con opoſicion de los principios de Philoſophia, devemos advertir, que aviendole ſobrevenido el letargo al ſeñor Conde à la vna del dia Miercoles, como reſulta de las probanças de los ſeñores Marqueſes, y lo cõfieſſa el miſmo Doctor Maroja, *Mem. num.* 733. aun caſo no cõfeſſado q̃ huviera padecido el phrenetis ſoñado, avia de cõſiderar que en el tranſito, ò tranſmutacion à la apoplegia, ò letargo, por ſer afectos contrarios que avia de paſſar de vno à otro por el medio, ſegun el Philoſopho: *Non fit tranſitus de extremo ad extremum, niſi per medium*. De que ſe ſigue, que no pudo ignorar hallarſe preciſamente el ſeñor Conde-Duque en eſte intermedio con buena templança en el celebro, para q̃ el entendimiento hizieſſe perfectamente los actos de la razon, porque ſegun la del Philoſopho, para paſſar de caliente à frio es neceſſario paſſar por lo tepido, que es la diſpoſicion que ha meneſter el celebro para obrar bien, y rectamente: luego fue preciſo que eſtuvieſſe capaz el ſeñor Conde en el tiempo intermedio deſde el

fre-

frenesi à la apoplegia,porque tuvo la templança perfecta que ha menester el entendimiento para aprehender,raciocinar,y y discurrir.

575 Y este punto,que en lo de adelante tendrà mayor comprobacion,aora le dexarèmos calificado con sentencia del Doctor Maroja *lib.1. obseru.fol.31.*vbi ait: *Quod delirium,& lethargus,& omnes affectus capitis, & apoplegia possunt causari à distemperie sola, scilicèt delirium à distemperie calida,& sicca, & apoplegia à distemperie frigida, & humida*: luego precisamente,segun su doctrina, al passar del caliente, y seco al frio,y humedo,ha de ser el transito caliente, y humedo templado, *Sed sic est*, que esta es la templança perfecta que ha menester el entendimiento para obrar perfectamente: luego necessariamente en el intermedio tiempo del transito del frenesi,à la apoplegia,deviò estar capaz el señor Conde-Duque,que fue el tiempo en que diò el poder: luego faltò el Doctor Maroja al ser de hombre docto à la buena medicina que escriviò,y al comun sentir de los Doctores,en declarar que el señor Conde-Duque en el intermedio tiempo,le pareciò no estava capaz,ni hazia actos perfectos del entendimiento; pues si se lo preguntassen en la Cathedra diria lo mismo que escriviò con el comun de los Doctores,que es lo contrario que declarò en su vltima deposicion.

576 *Vlterius probatur hoc assumptum*, porque los que deliran, y estàn inclinados à sueño,ò se vàn transmutando à *Cataphora*, aun en el mismo delirio quando vence la flema à la colera, aunque sea por poco tiẽpo; dize el mismo Doctor Maroja q̃ cessa el delirio por aquel poco tiempo, y haze el entendimiento sus actos perfectos: luego mucho mejor cessarà el delirio quãdo ya ha vencido la flema à la colera totalmente,y domina ella sola:luego estarà entõces el entendimiento con tẽplança buena, y perfecta para poder obrar. *Sed sic est*,que en nuestro caso del señor Conde-Duque evacuado lo colerico, quedò lo crasso, y flemoso dominante : luego necessariamente todos los actos del entendimiento que se hizierõ en este tiempo intermedio,hasta que sobrevino la apoplegia, fueron buenos, y perfectos,*ac per consequens*,los instrumentos que hizo en este tiempo el señor Conde-Duque son validos,pues precisamenre estava en templança,con que devia obrar bien el entendimiento.

577 Es,pues,como dezimos,doctrina del mismo Doctor Cypriano de Maroja *lib.1.de internor. morb. curat. fol.24. tract. de phrenet.pag.2.* ibi: *Quod in phrenetide continuum delirium adest,nisi aliqua detur causa potentior,quæ illum impediat, & somnum conciliet, vt contingere solet in phrenetide in cataphoram tendente, vbi ex frigore,& humorum crudorum copia dementes soporis sunt,vt constat ex Hipp.3.epid.part.3.text.45.*vbi ait: *Nullus phreneticorum vehementer insaniuit, vt in alijs, sed alia quadam veternosa in somnum delatione capite grauato moriebantur.*Luego segun su doctrina con la de Hipp. aunque huviesse sido frenesi *per propriam euentiam*,pudo en la intermission cessar el delirio passando à otro

asec-

afecto, y en el tiempo intermedio precisamente deviò estar capaz, que parece que aviendo sido frenesi propio, como dize el Doctor Maroja, no puede venir texto mas en terminos que el que nos dà de su doctrina, y de la de Hipp. pues parece el mismo caso; porque aunque le demos sin perjuicio de la verdad que tuviesse frenesi propia, siendo constituido en la edad de la senectud, tendria mucho gruesso, y flemoso, y con la propension à sueño; y aviendose evacuado tanto de lo delgado con la ayuda; quedò solo lo gruesso, que transmutado à los ventriculos del celebro causò la apoplegia: luego parece que en lugar de sernos contraria su doctrina, que es mas cierta que su declaracion, nos prueba nuestro assumpto: luego faltò al ser de hombre docto, y al comun sentir de los Principes de la Medicina en su deposicion.

578 *Vlterius probatur*, de parte del afecto primero, que fue el frenesi, que es afecto, como està dicho, caliente, y seco en el que se transmutò, que es frio, y humedo, como es la apoplegia: luego precisamente en el tiempo de la intermission de la calentura, hasta que bolviò à repetir el otro crecimiento, deviò estar el celebro en la templança media que ha menester el entendimiento para obrar. Ni obsta que faltando la colera, como dezimos, aunque no huviesse calentura, estaria la cabeça tan fria con la presencia de lo gruesso, frio, que al crecimiento causò la apoplegia que en este tiempo intermedio le entorpeceria las acciones; porque se responde, que aunque se evacuassen los humores calientes, quedò la cabeça caliente del calor que dexaron introducido bastantemente para que se hiziessen las operaciones del entendimiento con perfeccion, porque no sucede luego instantaneamente que se quita vn agente de vna parte, aviendo introducido ya sus qualidades quitarse luego las qualidades introducidas, antes se conservan, hasta que por la ausencia de la causa eficiente, no teniendo quien las conserve vàn faltando: esto precisamente seria por las siete, ò nueve horas en que se moviò lo gruesso, y frio, y en este tiempo fue quando se executò el poder para testar: luego de necessidad deviò estar capaz el señor Conde, pues tenia la templança que avia menester para obrar.

579 *Et etiam probatur ex parte, partis affecta vtriusque morbi*, la parte afecta en la phrenetis, es el celebro, y sus membranas, como consta de su difinicion. La parte afecta en la apoplegia son los ventriculos de el celebro, como lo dize su difinicion: *Quia apoplegia est obstructio ventriculorum cerebri cum priuatione sensus, & motus totius corporis. Sed sic est*, que este humor passò del celebro, y sus membranas à los ventriculos: luego precisamente al apartarse, hasta que llegasse à la parte donde avia de causar la apoplegia, dexaria al celebro en templança perfecta para que obrasse bien el entendimiento; ademàs se prueba, porque quitado lo colerico (como se quitò) con la ayuda, y con la templança, que pondrian precisamente los Medicos, quedò lo gruesso, que fue lo que causò la apoplegia; este humor es muy tardo de mover por la grossez que tiene: luego

 go

go precisamente huvo tiempo, y no breve, en que las membranas, y el celebro estuviessen en templança perfecta para que el entendimiento formasse sus discursos buenos, y perfectos.

580 Esto se prueba de Galeno *lib. 2. de caus. febr. & de motu earum*, vbi ait: *Bilis enim, & humores colerici mouentur de tertio in tertium pituitosi quotidie melancholici, verò quarto quoque die.* Y assi vemos, que repitiendo vna terciana oy, aunque quede bastante colera en el cuerpo, no repite al segundo dia, y siempre tiene larga intermission hasta que se và disponiendo, y moviendose de las venas al fozo de la putrefaccion, y repite al tercero dia: luego aunque quedassen los humores gruessos, que fueron los que causaron la accession apoplectica, precisamente deviò aver intermission: esta es doctrina comun entre todos los Authores, Galen. *de symptom. caus.* Pet. Mich. de Hered. *tract. de febribus, cap. de motu humor. in febrib. & in tom. de internon morb. curat. cap. de phrenet. sup. cit.* Zacut. Lusit. *tom. 1. de Medicor. Princip. histor. cap. de phrenetide*, Daniel Senner. *propr. cap. de phrenetide.*

581 Por la parte de los señores Marqueses se duda en la facilidad de la transmutacion de vn afecto à otro, como de frenesi en apoplegia; y en otros afectos; y assi serà preciso, aunque es tan comun este genero de transmutaciones autorizarlo, sea lo primero con vnas palabras del doctissimo Pedro Miguel, comentando *el text. del enfermo quinto del 3. lib. de las epid. sect. 3. erat enim de aleis vxor*, vbi ait Hipp. *nono delirauit, & rursus quieuit tacita*; sobre el qual texto dize estas palabras el Autor citado: *Qua pugna per morbos acutos communissima est, vt in vera phrenetide interdum mens reddit, & superfluo peruigilio sape somnum, & si breuis conciliatur; & turbulento delirio silentium sequitur, vt sunt talia innumera in morbis aduersissima ob causas oppositas quarum vna superatur ab alia & obscurato symptomate, priori oppositum succedere.*

582 Confirmase con otro lugar de Rodrigo de Castro Lusitano *in lib. de syntaxi prædict. Medic. pag. 239.* ibi: *Commutari namque erisypelata in affectum frigidum habes ap. Gal. immò hoc est proprium omnium affectuum, qui ad summũ magnitudinis perueniunt, vt si sanari nequeant ad suos contrarios transfugiant, vt vsu euenire solet in ægritudinibus, vt pro clamore silentium pro iactatione, qui es pro artuum vibratione tremor pro vigilijs coma, & cataphora.* De aqui se saca, que no ay que dudar que sin curarse vn afecto totalmente, ni quedar bueno el enfermo, se quita esta enfermedad, y se transmuta en otra contraria, como lo afirman estos Autores. Siguese demàs de esto, que terminado el frenesi no ay razon para dezir que dure el delirio, porque quien causava el delirio, que era el frenesi, faltò: luego su symptoma, ò accidente precisamente ha de faltar, esto es muy comun, y cierto en filosofia, que quitada la causa cessa el efecto, y la razon es clara, y evidente, porque el que tiene el frenesi tiene destemplado el celebro, y de essa destẽplança se origina el obrar depravadamente el entendimiento

ten-

tendimiento, que esse es el delirio: luego removida la destemplança caliente, y seca, y quedando el celebro en buena templança, siempre es preciso cesse el delirio, y que no corra la consequencia de que el que delirò vna vez aya de delirar *in futurum*.

583 Esta transmutacion del frenesi al letargo la conociò con la capacidad de que en el medio tiempo de ella pudo restituirse à su integro juizio el señor Conde, vno de los testigos de que se han valido los señores Marqueses, siendo juntamente perito, cuya deposicion queda referida *sup. num.* 525. y repetimos aora lo que conduce à esta circunstancia, ibi: *El qual respondiò, que su Excelencia se auia buelto à dormir, y que no le podian dispertar, de donde infiere el testigo, que el delirio, y frenesi con que començò la enfermedad de dicho señor Conde-Duque passò en letargo, en el qual medio tiempo pudieron morigerarse las potencias, y restituirse en su acuerdo; pero que esta materia la tiene este testigo por materia de disputa entre Medicos.*

584 *Ex quibus omnibus*, queda comprobado por toda la serie de este parrafo que la enfermedad de el señor Conde no fue vigil coma, ni phrenetis propria, sino es paraphrenetis; y que por su calidad fue capaz de intermissiones; y aunque *quod non confitemur* huviesse sido phrenetis, que assimismo aviendo cessado, y convertidose en apoplegia, y letargo en el medio tiempo de su conversion, y transmutacion pudo quedar, y quedò restituido el señor Cõde, y testable, desvaneciendo el argumento, y presumpcion que por la calidad de la enfermedad han ponderado los señores Marqueses.

§. IV.

Que por el furor, y delirio de los dias anteriores no han persuadido los señores Marqueses que le padeciò el señor Conde en el del Miercoles 19. del otorgamiento del poder, ni se ha deuido inducir congetura de su continuacion por las circunstancias de este pleito.

585 AViendo persuadido los señores Duques en el parrafo antecedente, que la enfermedad que padeciò el señor Conde fue paraphrenetis, y desvanecido que no fue vigil coma, ni phrenetis propria, y que por su calidad no quedò intestable el señor Conde en el dia Miercoles del otorgamiento del poder, tampoco en èl han calificado, ni persuadido los señores Marqueses presumptivamente el delirio, porque en los dias precedentes huviesse estado el señor Conde posseìdo de èl.

586 Porque aunque *passim* los Autores que tratan de esta materia reconocen que el furor anterior se presume continuado advertidos de ser axioma de la *l. penult. C. de curat. fur.* y de la Glossa comunmente recibida del *cap. fin. de succes. ab intest.*

Ni-

587 *Nihilominus* sobre la conclusion referida proponen por indubitadas diferentes limitaciones, tan seguras, y ciertas como la regla.

588 La primera, que para presumirse que el furor anterior persevera al tiempo del acto, es necessario aver probado q̃ se continuò por mucho tiempo de años, ò meses, ò por lo menos de vn año, ò de vn mes, y no basta si solamẽte se prueba momentaneo, ò accidental de algunos dias, porq̃ en este caso no se presume que dura, Bart. *comm. recept. in l. 2. ff. de bon. possess. fur. infanti, &c.* Menoch. *lib. 6. præsumpt. 45. n. 62.* ibi: *Declaratus tamen hic casus, vt procedat quando iam fuit probatum hunc per aliquot tempus continuum, atque ita per aliquot annos, vel mentes continuo eo furore, vel demencia agitatum.* Y lo mismo dizen Castill. *lib. 4. controu. cap. 28. n. 46.* Surd. *cons. 89. n. 30.* Felic. *alleg. 24. part. 3. num. 6.* D. Covarr. *de sponsal. 2. part. cap. 2. num. 6.* ibi: *Procedit tamen si probatum fuerit aliquem furiosum esse quodam continuò tempore nempè vno mense, vel vno anno.* Y limitandole al mismo tiempo, Thom. Sanch. *lib. 1. de matrim. disput. 8. num. 17.* Barbos. *in collect. ad cap. in duas, 14. 3. quæst. 9. num. 1.* Mascar. *de probat. conclus. 825. num. 8.* Paul. Zacch. *quæst. Med. legal. lib. 2. tit. 1. quæst. 23. num. 6 part. 2.* Virgil. *de legitim. person. cap. 7. num. 10.* Pet. Royz *decis. Lituan. 2. num. 36.* ibi: *Non satis est ad probandum cuiusque furorem docere quem aliquando agitatum, nisi perdiù, idest mensibus aliquot id morbi passus hoc amplius, probetur quasi sanitatem recepisse existimandus sit qui minus diuturno furore distenctus proponeretur tanto naturæ, quam accidentis maior est vis, & secundum leges præsumptio.* Maldon. *ad D. Molin. de primog. lib. 2. cap. 9. ad num. 29. 30. 31. & 32.* ibi: *Primò limita, quod vt præsumi possit furorem anteriorem tempore actus perseuerare necesse est probare furorem per magni temporis spatium continuatum fuisse, & non sufficit si momentaneè, vel accidentaliter probetur per aliquos dies solummodò continuatum, quia hoc casu durare non præsumitur.*

589 Cuya proposicion de que el furor anterior avia de verificarse de muchos meses, fue de Aretin. *in l. 7. §. vlt. de verb. oblig.* Alex. *in l. furiosum, C. de testam. num. 2. & cons. 147. vol. 7. num. 7.* Bertran. *cons. 48. num. 2. part. 2. vol. 1.* Paris. *cons. 88. num. 12. vol. 3.* Thusc. *tom. 4. conclus. 540. num. 28. & 543. num. 21. & concl. 544. num. 12. & 7. & 550.* Thadæus Piso *lib. 1. var. cap. 5. num. 9.* Paul. Christin. *decis. Belgic. tom. 1. decis. 182. num. 5. & 6.* Gam. *decis. 100. num. 3.* D. Suar. *alleg. 1. num. 22.* Menoch. *de success. lib. 2. tom. 1. §. 13. requisit. 7 num. 48.* Gerar. Mapl. *cons. 12. num. 32.* Sudens, *& ideò in eo qui probaretur fuisse dementem aliquo tempore puta mense, & anno, seu mensibus, & annis, quia præsumitur durare dementia alleganti sanam mentem supervenisse probandi onus incumbit, licèt secus si aliqua die, seu diebus cum tunc id per accidens creditur euenisse.* Y que no baste probar el furor de pocos dias, tenent Mantic. *de coniect. vltim. vol. lib. 2. tit. 5. num. 7.* Sforcia Odd. *cons. 93. num. 33. & 34.*

D.

D.Molin. *de Hispan. primog. lib.2.num.*30.Mascar.*concl.*1049.*num.*16. Farin. 1.*part. fragm.crimin.*verb.*Furor,num.*323. ibi: *Furiosus qui semel fuit præsumitur, & in futurum furiosus, quando furor non fuit momentaneus, & breui tempore per aliquos putà dies hominem agitans, sed successiuus per longum tempus, vt putà per annum, vel mensem.* Y despues de aver citado vna columna de Autores, concluye: *Negari non potest hanc distinctionem non solum communi Doctorum consensu fuisse receptam, sed nec etiam contradictorem quem viderim habuisse.*

590 *Quod etiam tenuerunt,*Noguer. *alleg.*25.*num.*76. Magon. *decis.Florent.*97.*num.*13. August.Barbos.*vot.*11.*num.*8.Escaño *de testam. cap.*21.*num.*77.Maldon.*vbi proximè,*Antunez de Portug.*de donat.lib.*3. *cap.*15.*num.*28.

591 Y no aviendo Autor que toque la materia, que no requiera por lo menos vn mes de furor anterior para que tenga lugar la presumpcion de que dura, poco fundamento pueden ponderar los señores Marqueses en lo que conciben aver probado que el señor Conde-Duque padeciò delirio antes de el otorgamiento del poder para testar, pues fue de tan pocos dias, que los testigos conforman, en que aviendose sentido indispuesto desde el Viernes precedente Sabado por la mañana estuvo en este tiempo solo con la calentura, *vt fundauimus supr.ex num.*222. hasta las cinco de la tarde, que tomò principio el desconcierto de la razon; con que aviendose otorgado el poder el Miercoles siguiente, mal se podràn verificar los años, ò à lo menos los meses de delirio anterior que piden los Autores para la congetura de su continuacion.

592 Y aun en este breve transcurso de tiempo que mediò desde el Sabado en la tarde, en que tom ò principio el delirio, hasta el Miercoles, en que se otorgò el poder, no fue contiuado; porque como està probado con los Doctores Francisco de Medina, y Lazaro de la Fuente, y copioso numero de testigos, *ex num.*243. el Martes en la tarde precedente à el Miercoles del otorgamiento de el poder se experimentò vn intervalo de dos horas, restituyendose el señor Conde à la integridad de su juizio.

593 La segunda limitacion de la regla, que no basta la probança del furor anterior para que se presuma que dura en el tiempo siguiente, consiste en que todos los Autores referidos conforman en que el furor probado anteriormente ha de ser continuo, cuya calidad ha faltado, aviendose verificado el intervalo ponderado de el Martes en la tarde; y experimentado este, cessa la presumpcion, y congetura de que la demencia persevera, y queda interrumpida, Bald.*in l.furiosum,C.qui testam. fac.poss.post num.*1. vers.*Secundo casu non præsumo,*& ibi Decius *num.*24. vers. *Prædicta conclusio limitatur,*Boer.*decis.*23.*num.*86. Tusch.*tom.*4. verb. *Furor, concl.*544.*num.*28.Farin. 1.*part. fragm.crimin.*verb.*Furiosus, num.*325. ibi: *Furiosus semel non præsumitur furiosus in futurum quando directè, aut indirectè verè, & præsumptiuè fuisset probata sana mens illius qui retro*

fuit furiosus sequens enim sana mens post furorem intereumpit illam præsumptionem, quod ex præterito furore præsumatur in futurum.

594 *Est itidem*; la tercera limitacion si en el medio tiempo faltò la causa del delirio, porque assimismo en este caso cessa la congetura de su continuacion, Aretin. *in l.2.col.2. de testam.* D. Covarr. *in epit. de sponsal. 2.part.cap.2. num.6.* ibi: *Minimè esset furoris continuatio præsumenda vbi iudicio, ac testimonio peritorum probatur illum furorem ex accidenti causa contigisse quæ modò sublata est; & verosimile coniectura cessavit*, Mancic. *de coniect. vltim. vol. lib.2. tit.5. num.6.* vers. *Tertiò debet restringi*, poniendo las mismas palabras que el señor Presidente Covarrubias; Thom. Sanch. *de matrim. lib.1. disp.8. num.17.* ibi: *Similiter non præsumitur furor durare vbi peritorum testimonio probatur ex accidenti, quod iam cessauit contigisse*, Thom. Acciò *de infirm. legali, cap.50. num.1.* Maldon. *ad D. Molin. dict. lib.2. cap.9. à num.29.* ibi: *Tertiò limita si medio tempore defecit furoris causa, quia hoc casu cessat præsumptio furoris.*

595 Siendo constante que el Miercoles 19. de Iulio en que se otorgò el poder, se hallò el señor Conde-Duque con grande alivio, y sossiego, y sin delirio, compuesta la cabeça, remitida, y en declinacion la calentura, respecto de vna grande evacuacion de vientre que avia tenido desde el Lunes en la noche, con el beneficio, y remedio de vna ayuda, por cuya causa, y por aversele hecho diferentes sangrias, y otros remedios avia cessado la causa del furor, como todo, no solo lo deponen los Medicos Lazaro de la Fuente, y Francisco de Medina, y los demàs testigos de la probança de los señores Duques debaxo de la quinta pregunta de tenuta, quinta de la propiedad, quinta de la instancia del Consejo, *Memor. fol. 329.* sino es que no lo negò; antes bien lo reconociò el Doctor Maroja, siendo tan propicio testigo à los señores Marqueses, *Memor. num.611.* ibi: *Que el dicho señor Conde-Duque de Olivares el Miercoles por la mañana 19. de Iulio de el año de 45. salida del quarto de la enfermedad, y entrada del quinto dicho señor Conde-Duque se aliviò de los accidentes rigurosos que antes tenia, remitieddose la fiebre, y el delirio, y teniendo algun conocimiento, y alguna memoria que antes no auia tenido, desde el principio de la enfermedad, hasta aquel punto, la qual remission, y declinacion tuuo origen de vna ayuda que se le ordenò, y recibiò dicho señor Conde-Duque Lunes en la noche, con la qual desde dicho dia Lunes 17. de Iulio hasta Miercoles por la mañana hizo veinte y tres, ò veinte y quatro cursos, con que se aliuiò del modo que el testigo lleua dicho, y el dicho aliuio fue por espacio de dos, ò tres horas, poco mas, ò menos, en el discurso del qual no hizo violencia alguna, antes estuuo quieto, y sossegado.*

596 Y no solo cessò la causa del furor, sino es que la enfermedad del señor Conde passò à calidad contraria con el letargo que le sobrevino à la vna de la tarde el mismo Miercoles, como lo contestan los testigos de vnas, y otras probanças, y lo depone el Doctor Maroja, *Memor. num. 733.*

Y

597 Y el letargo, y el freneſi ſon enfermedades de cauſas, y calidades opueſtas, con que la congetura de que el furor anterior dura, ſe reſuelve, y deſvanece en probandoſe calidad contraria à la que le cauſava, Bald. *in l. furioſum, poſt num.* 1. verſ. *Secundò caſu. Qui teſtam. fac. poſſ.* Aretin. *in §. præterea testamentum inſt. Quib. non eſt permiſ. fac. teſtam.* Boer. *deciſ.* 23. *num.* 86. ibi: *Quod ſemel furioſus ſemper præſumitur furere hoc verum ſi non eſſet probatum, quod medio tempore fuerit qualitas furori contraria,* Socin. *conſ.* 42. *lib.* 1. *poſt num.* 11. Maſcar. *concluſ.* 825. *num.* 17. ibi: *Dicebamus enim ſemel furore correptum præſumi, ſemper illum furore agitari, ſed iſtud temperes velim, vt locum non habeat quando probata eſſet qualitas quædam furori contraria, nam tunc ceſſat illud pronuntiatum ſemel furioſum ſemper præſumi furioſum.*

598 Y que el letargo ſea enfermedad diverſa, y contraria al freneſi, es conſtante, Corn. Celſ. *lib.* 3. *de re Medicâ, cap.* 20. *in initio*, ibi: *Alter quoque morbus eſt aliter phrenitico contrarius Lethargon Græci nominant,* vbi Balduin. Ronſæus *eius commentator ait: Eſt autem lethargus ſi morbi cauſam, & accidentia conſideres phrenetidi prorſus contrarius*, Barthol. Caſtel. *in lex. Med.* verb. *Lethargus*, ibi: *Lethargus paſsio eſt phrenetidi contraria.* La razon es, porque el freneſi nace de la inflamacion del celebro, y de la colera, y humor caliente que le ocupa; y el letargo de eſtar demaſiadamente humedecido, y frio con el humor flematico, Galen. *in comment. ad lib.* 1. *Hipp. phrænetici, cuius verba adfert*, Caldas Pereira *conſ.* 24. *num.* 19. *Sic inquiens phrænetis ſiquidem exquiſita eſt, & nulli alteri morbo permiſcetur fit cum bilis flaua locum in quo Princeps animæ pars reſidet prehenderit lethargus, verò cũ locum eundem humectari dilueritque pituita*; idem Galen. *lib.* 4. *de cauſ. pulſuum, ſi ſcias generari ab bilioſo humore phrænetim, vt lethargum apituitoſo.* Petr. Greg. *lib.* 13. *ſyntag. cap.* 5. *num.* 9. Balduin. Ronſ. *vbi ſupr.* ibi: *Sunt autem contrariæ cauſæ; nam in phrænetide febris acuta eſt membranarum cerebri inflammatio, atque calor lethargum contra febris lenta committatur fitque quoties pituita ſua frigiditate, & humiditate cerebrum imbuerit.* De que ſe ſigue, que el enfermo con el freneſi no puede dormir, y con el letargo no puede deſpertar, Cornel. Celſ. *dict. lib.* 3. *cap.* 18. ibi: *In phrænetide difficilis ſomnus, prompta ad omnem audaciam mens at in hoc meror, & inexpugnabilis pœnè dormiendi neceſſitas.* Y eſta contrapoſicion hizo el texto *in cap. non omnis,* 5. *quæſt.* 5. en aquellas palabras: *Qui phæneticum ligat, & lethargicum excitat ambobus moleſtus ambos amat.*

599 Pero algunas vezes aunque eſtas enfermedades ſon opueſtas, ſobreviene al freneſi letargo, por aver vſado con exceſſo de evacuaciones, y remedios frios para refrigerar el celebro, y conciliar el ſueño, como lo advirtiò Ludov. Septal. *lib.* 6. *animaduer. & curat. Medic. num.* 27. ibi: *Periculum enim pendet ne cum dormire volumus poſteà excitare non poſsimus, vt ait Celſus ſæpè enim in lethargum calamitoſum abire ſolet ex ſola mala curatione phrænetis.*

600 Ni es ponderable la oposicion de que privando asimismo el letargo del juizio à quien le padece, no puede ser de substancia el que la enfermedad de el señor Conde passasse à calidad contraria quando la que sobrevino obrò lo mismo.

601 Porque se responde, que el señor Conde no fue posseìdo del letargo hasta la vna del dia Miercoles 19. muchas horas despues del otorgamiento de el poder, con que en aquel tiempo es constante que no padecia este afecto, y assi de ello no ay testigo alguno; ni se ha propuesto por los señores Marqueses, y la calidad contraria al delirio que se introduxo, no fue el mismo letargo, sino la disposicion para èl, haziendo la enfermedad transito de caliente à fria, y en la remission de el primer extremo del furor, y en el medio tiempo; y antes de introducirse en toda su fuerça la calidad contraria del letargo, fue preciso que el señor Conde tuviesse vn temperamento que ni fuesse de freneſi, ni de letargo, como se calificarà, *ex infrà dicendis*.

602 Y aunque el Doctor Maroja supone en su deposicion que la enfermedad no mudò de especie hasta la misma hora de la vna del Miercoles en que empeçò el letargo, y que todo el tiempo anterior estuvo frenetico; con que quiso incluir el acto del poder dentro de èl, esto carece de fundamento en Medicina, y Philophia, por ser principio natural, y innegable que para introducirse calidad contraria en vn sugeto, es preciso se haga con movimiento successivo, y continuo de vna calidad en otra, quoniam vt ait Aristot. *lib. 5. Physic. cap. 1. text. 7. omnis transmutatio est, ex quoddam ad quiddam*, Albertus Kypeyus *lib. 1. inst. Physic. cap. 10.* Raconis. *3. part. Philosph. disp. 2. de mixt. corpor.* Y de vn estremo à otro es impossible se passe si no es por el medio, como de caliente à frio por lo templado, de negro à blanco por lo obscuro de la mayor cantidad à la menor por la media, Aristot. *pluribus in locis, lib. 5. Physic. cap. 1. text. 6. & cap. 3. text. 22. & cap. 6. 52. & lib. 6. cap. 4. text. 32.* ibi: *Dico autem in quo mutatur primum secundum mutationem, vt ex albo fuscum non nigrum*, Gal. *lib. 4. de vsu part. corp. hum. sect. 12.* ibi: *Demonstratum enim fuit; & hoc nullam rem contrarias, vel omninò multum differentes qualitates recipere posse, nisi per media prius iter fecerit*, Averrois *lib. 10. metaph. comment. 23. prout eum citat* Pereir. *de cõmun. rerum natur. princip. lib. 13. cap. 9. quæst. 8.* Ioan. Casus *ad lib. 5. Physic.* Aristot. *cap. 3. in 3. dub.* Rodulphus Goclenius *in lexico Philos. litt. M.* verb. *Mutatio physici*; ibi: *A termino ad terminum peruenire non potest; nisi per medium, vt de calore ad frigus per tepidum, ab albo ad nigum per fuscum à maiori quantitate ad minorem per mediam*, Adamus Tannerus *lib. 4. Theolog. Scholast. disp. 1. quæst. 3. dub. 4. num. 115.* Guillelm. Okàn *1. dist. 30. quæst. 4.* Vazquez *in 3. part. D. Thom. tom. 1. disp. 18. cap. 1. num. 5.* y otros.

603 Segun lo qual el phreneſi que el Doctor Maroja dize padeciò el señor Conde desde el principio de su enfermedad, no pudo passar à letargo

go, enfermedad contraria, y opuesta, sino es poco à poco con movimiento continuo, y succesivo, perdiendose primero la calidad caliente que causava el phrenesi, y reduciendose despues al medio, que era la templança, y passando de alli al otro estremo de la calidad fria que causò el letargo; y todo el tiempo que el señor Conde-Duque tuvo mitigado el calor, y con templança, es preciso que estuviesse sin phrenesi, ni delirio, por ser aquel temperamento contrario al que originò el furor, *contrarium est enim medium extremo*, vt ait Aristot. *lib.4. de Cœlo, cap.4. text.* 34. como assimismo en el espacio siguiente, en que se iba apoderando del celebro el humor flematico hasta q̃ llegò al estremo de causar el letargo, por ser todo aquel tiempo el medio en que no pudo aver letargo, ni phrenesi, como queda probado *in §. antecedenti ex num.* 574. y porque nunca ay furor donde provalece la flema, y no la colera, Galen. *lib.6. comm. in aphorism. Hipp. aphorism.* 56. *vol.*7. ibi: *Non tamen furor est passio communis numquam enim hic ex pituitoso humore ortum habet cum ad eius generationem humor irritans, ac mordens exigatur talis est enim semper flaua bilis.*

604 Y assi està convencido por su misma deposicion el Doctor Maroja, pues confessando que à la vna de la tarde del Miercoles 19. de Iulio le empeçò el letargo al señor Conde-Duque, juntamente deviò confessar que no pudo instantaneamente aver mudado especie el phrenesi anterior, sino que para esto huvo de preceder gran espacio de tiempo, que fue todo en el que se reconociò juizio, y sossiego en el señor Conde-Duque desde el mismo Miercoles al amanecer, como lo deponen hasta los testigos de que se vale el señor Marquès, repugnando à lo contrario todos los principios de Philosophia, y Medicina, careciendo de compatibilidad sin el medio de la templança, y medio con dilatado espacio de tiempo el transito, y transmutacion de la qualidad de vn arrebatado, y violento frenesi à la de vn letargo frio desidioso, amortiguado, y soñoliento.

605 La quarta limitacion para que no se deva presumir que el furor anterior permanece, es quando ay otra presumpcion de derecho mas fuerte en favor del juizio, y de la sana mente, Abb. *in cap. fin. de succes. ab intest.* Decius *in l. furiosum, C. qui testam. fac. poss. num.* 24. Ruin. *cons.* 67. *num.* 9. *vol.*1. Mascat. *concl.* 825. *num.* 18. *&* 19. *& concl.* 1049. *num.* 11. Farin. *in fragm. crim. ver. furor, num.* 325.

606 Y fuera de que las presumpciones referidas son mas fuertes para conocer que el phrenesi avia cessado al tiempo que el señor Conde-Duque otorgò el poder para testar, y que ay otras muchas que persuaden lo mismo: concurre en este caso la presumpcion de la recta, y prudente disposicion con que muriò, y el aver el enfermo testado como hombre cuerdo, y de razon, es congetura eficacissima de que recobrò en aquel acto la sana mente, y prevalece à la presumpcion de que dura el furor anterior que le estava probado, Angel. & comm. DD. *in dict. l. furiosum, C. qui testam. fac. poss.* Barbos. *in cap. fin. de succes. ab intest. num.* 9. *& in cap. dilectus, de*

 spon-

Sponsal.num. 5. Boer. *dict. decis.* 23. *num.* 88. ibi: *Et ideò licèt quis fuerit furiosus, & hodie præsumatur, tamen illa præsumptio tollitur ex qualitate actus gesti, quare si actus gestus congruit viro sane mentis præsumendum est, sanæ fuisse mentis tempore testamenti, vel contractus*, Mascar. *dict. conclus.* 1049. *num.* 15. Tiraquel. *de legib. connub. l.* 11. *num.* 6. & 7. Grammat. *decis.* 73. *num.* 36. & 37. Farin. *vbi supr.* verb. *Furor*, *num.* 335. Matienç. *in rubr. tit.* 1. *glos.* 1. *num.* 67. *lib.* 5. *Recop.* Sanch. *lib.* 1. *de matrim. disp.* 8. *num.* 17. Burat. *decis.* 256. *num.* 22. Ponte *cons.* 149. *num.* 6. & 9. *vol.* 2. D. Roder. Suar. *allegat.* 1. *num.* 2. & 10. Cald. Pereir. *cons.* 24. *num.* 6. & *ad tit. inst. de inoffic. testam. in princip. num.* 29. Argel. *de acquir. posses. quæst.* 3. *art.* 1. *num.* 62. ibi: *Item si ex inspectione testamenti conditi de testatoris prudentia appareat, quia in eo omnia prudenter disposita appareant, quamuis etiam fortè anteà furiosus extitisset, ex qualitate tamen actus continuationis dicti furoris præsumptio cessaret, & iudicaretur tunc sanus fuisset.* Et num. 100. ibi: *Item si ex testamento appareret cuncta in eo prudenter disposita cessaret præsumptio continuationis furoris*, Thadæus Piso *lib.* 1. *variar. resol. cap.* 5. *num.* 10. Sesse *decis.* 56. *num.* 6. *vol.* 1. Minsyng. *cent.* 2. *obseru.* 41. Novar. *de elect. fori, sect.* 1. *quæst.* 42. *num.* 17. Paul. Zacch. *lib.* 1. *quæst. Med. legal. tit.* 1. *quæst.* 3. *num.* 28. Noguer. *allegat.* 25. *num.* 69. Add. ad D. Molin. *lib.* 2. *cap.* 9. *ad num.* 29. verbo *Quinto limita.*

607 *Ex quibus*, es conclusion comun que vale el testamento del furioso, non absonè, sed ritè, & rectè factum, Roman. Alex. Corn. & Ias. *in dict. l. furiosum, C. qui testam. fac. poss.* Marsil. *singul.* 380. Hermannus Vulteius *cons.* 29. *num.* 17. *vol.* 1. *inter Consilia Marpurgensia*, ibi: *Cum iure receptum sit etiam furiosi testamentum subsistere, & validum esse si disposuerit non absonè, sed ritè, & rectè*, Ioseph. Ludov. *decis.* 1. *part.* 1. *num* 11. *cum seqq.* Petr. Royz. *decis. Lituan.* 1. *à num.* 112. Mazol. *dict. cons.* 12. *num.* 73. Mantic. *de coniect. lib.* 2. *tit.* 5. *num.* 7. & *seqq.* Tusch. *tom.* 4. verb. *Furor, conclus.* 544. *num.* 33. Vivius *comm. opin. lib.* 1. verb. *Notarius*, Cras. *in §. testamentum, quæst.* 21. *num.* 4. *in fin. in tract. de succes.* Menoch. *dict. cons.* 45. *num.* 10. *cum seqq.*

608 Y assi los Centumviros en Roma dieron por valido el testamẽto de Tuditano, hombre tenido, y reputado por loco, por razon de la prudente disposicion que en èl se contenia: *Magis enim Centumviri quid scriptum esset in tabulis, quam quis eas scripsisset considerandum existimauerunt, vt sunt verba.* Valer. Maxim. *lib.* 7. *memorab. cap.* 8. *num.* 1.

609 Y que la disposicion contenida en el poder que otorgò el señor Conde sea indice, y credito de la integridad de su juizio como cuerda, prudente, y consonante à las personas que le posseen *patet.*

610 Lo primero, porque en quanto a la ocasion se hizo estando apretado de vna enfermedad aguda, que el disponer mas por extenso; y como lo tenia premeditado, no podia parecer conveniente à la esperança de su

sa-

salud, ni posible à la congoja del accidente; esto que es solito, y lo que se executa en semejantes ocasiones, como de experiencia lo notò Mieres *de maior. 1. part. quæst. 48.* no se ha devido cabilar como ageno de la prudencia; y el darle à la señora Condesa, y averla comunicado las cosas de su cóciencia, y disposiciones, como lo menciona el poder, es verosimil, y plausible, y mas natural interviniendo en la señora Condesa las relevantes prendas de q̃ fue dotada, quando aun sin estas circunstancias qualquiera muger propia por serlo se presume *socia, & conscia omnium secretorũ mariti*; y assi la reputò Iustiniano en la *Auth. vt iudic. sine quoquo suffrag. §. hæc omnia*, respecto de aquella estrechissima compañia, ò comunicacion, *diuini humanique iuris*, que aun los Gentiles no ignoraron de que hizo vn largo discurso, Aristot. *lib. 1. Polit. cap. 2.* de quien lo tomaron Ciceron *1. offic. ex illis verbis: Prima societas in ipso coniugio est proxima in liberis*, Modestinus *in l. 1. de ritu nupt.* y el Emperador Gordiano *in l. aduersus, 4. de crim. expil. hæred.* quam illustrat Tiraq *in l. 12. Connub. à princip.* D. Ferdinand. de Mendoça *pro confirmando Concilio Illiberitano, lib. 3. cap. 14.* Lel. Mancin. *de triplici iuris collat. lib. 1. cap. 3. 8. & 9.* Revard. *lib. 2. coniectaneor. cap. 10.* instituyendola à este tiempo por heredera con la justa confiança de que correspondería à ella en lo que apetecia la voluntad del señor Conde, expressando en la clausula, ibi: *Teniendo la satisfaccion que es justo de la señora Doña Inès de Zuñiga, mi amada, y querida muger, con quien he comunicado en diferentes ocasiones las cosas de mi conciencia*, eligiendo en este poder la sepultura, y entierro en vn Convento de Loeches, tan propio de su devocion, como hijo de su patrocinio, y señalando los testamentarios de la primera esfera, como de su especial obligacion, y afecto.

611 Lo segundo, porque para que se conciba por prudente la disposicion, no eran necessarias tantas circunstancias de advertencia, y maduro acuerdo, pues bastava que en ella huviesse las cautelas, y clausulas, que ordinariamente suelen componer las disposiciones de los hombres cuerdos, y que se hallan con integridad de juizio, Paris. *cons. 88. num. 45. lib. 2.* Honded. *cons. 78. num. 61. eod. vol.* Cavaler. *decis. 622. num. 1.* ibi: *Inter alias, verò præsumptiones ad exclusionem dementiæ illa maximè vrgere videbatur, quia donatio facta fuit cum omnibus cautelis, & clausulis quas apponere solent homines sanæ mentis*, Farin. *in recentior. 1. part. decis. 384. num. 10.* ibi: *Tum etiam, quia ex inspectione testamenti ritè, & solemniter facti contrarium apparet.*

612 Lo tercero, porque la brevedad de la disposicion no arguye poca consistencia en el juizio, porque à ser esto estimable, todos los que fallecen con semejantes poderes, murieran intestables, y reputados por dementes; y antes bien si en el poder huviera passado el señor Conde à otros actos, ò circunstancias que las referidas, que sobre solitas son las mas providentes, se tuviera por sospechoso; y finalmente, solo se requiere que entre

las

las cosas bien dispuestas no aya mixtura de otras disonantes para que se deva regular por prudente la disposicion, Alex. *cons.* 10. *col.* 3. *& cons.* 141. *vol.* 1. *& cons.* 85. *vol.* 2. Bald. *in l. furiosum, C. qui testam. fac. poss.* Mazol. *cons.* 12. *num.* 52. vbi ait: *Actum totum iudicari fatuum, in quo inter aliqua ritè ordinata sunt inserta aliqua fatua.* Et inferius, *num.* 66. ibi: *Per mixtio enim actus dementis facit censeri totum factum esse ademente,* Tusch. *vbi sup. conclus.* 543. *n.* 18. *tom.* 4. *& concl.* 544. *num.* 17. Sessè *dict. decis.* 56. *num.* 20. Vulteius *dict. cons.* 29. *vol.* 1.

613 Lo quarto, porque aunque el olvido del Marquès de Mayrena, instituyendo à la señora Condesa por heredera, se ha querido ponderar por argumento de furor con el lugar de Menoch. *en la præsumpt.* 45. el de Cald. Pereir. *en el cons.* 24. la decision de Sessè 56. la alegacion 1. del señor Rodrigo Suarez, el lugar de Don Iuan del Castill. *lib.* 4. *cap.* 28. y otros, es menester advertir, que bien atendidos, y considerados estos lugares, sus terminos fueron diversissimos, en los quales constava de la insania, y que juntamente las disposiciones se otorgaron sugestivamente ad interrogationem.

614 Lo quinto, porque aunque en el Marquès huviesse intervenido toda la recomendacion que es preciso suponerle, y con su pretericion se anulara el acto, esto se entiende en la censura de derecho, aviendole impugnado èl mismo, *l. filio præterito, ff. de iniusto rupt.* ibi: *Quod si bonis se patris abstinuit licèt subtilitas iuris refragari videatur, attamen voluntas testatoris ex bono, & æquo tuebitur*: por lo qual fundan Cancer. 1. *part. cap.* 4. *à num.* 26. y Cabed. *decis.* 63. *num.* 6. *lib.* 1. Magon. *decis.* 84. *n.* 16. que el estraño interessado en que no aya testamento, no puede oponer la accion que el hijo no exercita. De lo qual se sigue, que el olvido, ò pretericion suyo, pues permanece la voluntad del padre, no la reputa la disposicion legal por insana.

615 Lo sexto, porque quando pudiera tener algun apoyo mas relevante el que el olvido de los hijos inducia argumento de demencia, deve entenderse quando en su competencia se prefiere à vn estraño: lo qual no puede militar, ni milita, siendo la muger la instituìda, porque el Derecho presume que el marido ama mas à la muger que à sus hijos, *l. lex quæ tutores, §. lex enim, C. de administ. tutor.* Bart. *in l. Pater Seuerinam, §. socius, de cond. & demonst.* Menoch. *lib.* 4. *præsumpt. præsumpt.* 89. *num.* 62. *& cons.* 250. Corras. *inter Cons. Zuccardi, cons.* 75. *num.* 160. Ciriac. *controu.* 283. *num.* 35. *tom.* 2. Aldobran. *cons.* 14. *lib.* 1. *num.* 10. *& facit illud Propertij, lib.* 4. *eleg.* 3.

Omnis amor magnus, sed aperte in coniuge maior.

616 Y siempre congetura de cuerda disposicion la que se haze en favor de las personas que se aman, *& cum quis consulit de se benemeritis,* vt ait Alex. *cons.* 12. *vol.* 1. *in fin.* Corn. *cons.* 219. *lib.* 1. Menoch. *cons.* 685. *à num.* 19. Hermannus Vulteius *inter Cons. Marpurgensia, cons.* 29. *vol.* 1.

num.

num. 16. ibi: *Et in specie de vxore cum fuerit per longum tempus consors bonorum, & malorum mariti, quod hæc cum sit etiam post mortem mariti veri amoris signa experiri tradunt. Bald.* que no sea presumpcion de locura olvidarse de los hijos instituyendo al marido, refutando los Autores que dizen lo contrario, es opinion de Matias Berlich. 3. *part. conclus.* 6. *num.* 20. ibi: *Quæ præsumptio mihi non placet, quia testatrix non est in sanitate quadam, sed potius ex coniugali amore fecisse præsumitur, cum mulier propter nimium amorem patrem, & matrem relinquet, & suo marito adhærebit*, Genes. cap. 2. *Præsertim cum mulier non solum matri, sed etiam proprijs liberis maritum præferre bonaque liberorum marito adijcere præsumatur, l.* 4. *& 6. C. de secund. nupt. l.* 18. *C. de donat. ante nupt.*

617 Lo septimo, porque es incierto el supuesto del olvido de el Marquès de Mayrena, quando por las disposiciones de la señora Condesa; *de quib. Memor. num.* 111. ocupò el primer lugar para la succession de los bienes, y rentas del señor Conde, como primero en el afecto, reputandose su llamamiento, aunque expressado por la señora Condesa, por producido de la voluntad del señor Conde, por ser regla constante que todo lo obrado por el Comissario para testar, se entiende que lo dispone el difunto que otorgò el poder, atribuyendosele el acto, no reputandose el Comissario sino es por vn nudo Ministro de la agena disposicion, *arg. text. in l. vnum ex familia, §. si de falcidia, & §. sed si fundum vbi omnes, ff. de leg.* 2. *l. si hæres testamento, de action. empt. l. item eorum, §. si Decurionis, C. quod cuiusque vniuersit. eleg.* Gothofred. *in dict. l. vnum ex famil. §. rogo*, ibi: *Commissarius in casu isto est organum legis non autem causa per se disponens, & ideò ab eo non denominatur affectus*, Bald. *cons.* 256. *vol.* 4. Padill. *in dict. §. si de Falcidia, num.* 1. Surdus *cons.* 380. *num.* 9. Simon de Prætis *de interp. vlt. volunt. lib.* 1. *interp.* 1. *dubit.* 3. *solut.* 5. *num.* 23. Matienç. *in l.* 7. *tit.* 8. *lib.* 5. *glos.* 5. *n.* 2. D. Molin. *lib.* 2. *cap.* 4. *n.* 12. Mier. 1. *part. quæst.* 48. *num.* 210. Paz *de tenuta, cap.* 34. *num.* 76. Castill. *tom.* 6. *controu. cap.* 181. *num.* 9. Noguer. *alleg.* 9.

618 *Maximè* aviendose de reputar la señora Condesa por las prendas recomendables de su persona, y comunicacion presumptiva de la voluntad del señor Conde, y plenitud de confiança que manifestò, no solo como vna comissaria regular, sino es como vna heredera fiduciaria, para que con este obsequio correspondiente al mutuo cariño de el consorcio, quedasse mas empeñada la execucion de todo lo q̃ se experimentò obrado por su mano, de cuya especie de fiducia ay muchos textos en el Derecho, como son la *l. quidam cum filium, de hæredi instituti, l. Seius Saturninus*, 46. *ad S. C. Trebellian. dict. l. vnum ex famil. §. item Marcus, de leg.* 2.

619 Como assimismo de cometer aun sin estas circunstancias la explicacion de la voluntad à otra persona, *vti in l. Theopompus, vbi DD. de dote præleg.* ibi: *Pollianus sciens mentem meam.* Sobre todo lo qual que

desvanece la ponderacion de los señores Marqueses, assi sobre la brevedad de la disposicion, como sobre la soñada insania por el olvido del Marquès de Mayrena, harèmos mas pausa en otro discurso, dexando en este, con lo ponderado, persuadida la prudente, y cuerda disposicion de el señor Conde en el otorgamiento de este poder, especialmente quando la comunicació de sus disposiciones ad extra de su contenido, està acreditada con lo probado por los señores Duques, como se dirà en su lugar, no deviendo ser estimable la ponderacion de que la señora Condesa pudo no corresponder à esta confiança, como temeraria, y agena de su christiandad, y grandes obligaciones, no presumiendo el Derecho de otras inferiores lo referido, *l. merito, ff. pro socio.*

620 Lo octavo, porque no constituye irrecomendable este poder, y disposicion la que el señor Conde hizo en el año de 42. y en que fundan su derecho los señores Marqueses, porque vltra de quedar, como quedò, expuesta la revocacion à su arbitrio, y voluntad, sin deverle sindicar la razon de hazerlo, *vt fundauimus supr. num.* 168. la disposicion del año de 42. la produxo el deseo con la mensura de la possibilidad que por entonces ofrecia para la practica, el estado en que se hallava el señor Cōde; y si como dixo el *§. in fraudem inst. Quib. ex caus. manum. non lic.* ibi: *Sæpè enim de facultatibus suis amplius, quam in his est sperant homines.* Què no deviera presumir el señor Conde para que tuvieran cumplimiento, y lleno el todo de tan magnificas fundaciones, y dotaciones como contiene su testamento? A esto se acomodò por entonces su voluntad sin censura de la providencia.

621 Pero convertido de el estado de la mayor prosperidad que dignamente merecieron sus prendas al desengaño de vn retiro, sin el curso de iguales conveniencias, fue consequente que con la inversion, y mudança de todo padeciesse novedad lo que avia meditado con otras esperanças, haziendo reflexion à lo que enseñò Valerio Maximo *lib. 6. hist. Miscell. cap. 9. Multum animis hominum, & fiduciæ adijcere, & solicitudinis detrahere potest morum, ac fortunæ in claris viris recognita mutatio.* Et ibi: *Caducà nimium hæc, & fragilia*, concluyendo en el *§.* vltimo de este capitulo: *Pueribusque consentanea crepundijs quæ vires, atque opes humanæ vocantur affluunt subitò repente dilabuntur nullo in loco, nulla in persona stabilibus nixa à radicibus consistunt, sed incertissimo statu fortunæ huc, atque illuc acta quos in sublime extulerunt improuiso decursu destitutus profundo cladium miserabiliter emergunt.*

622 Siguiendo el señor Conde el documento legal que incluyen todas las disposiciones, pues no ay ninguna que no estè sujeta à variedad con nuevos accidentes, y solo afiançan su estabilidad quando permanecen los terminos, y estado en que se dispusieron, *arg. text. in l. quod seruis, 8. de condict. cau. data, l. quaro, 54. §. inter locatorem, ff. locati, l. continuus, 137. de verb. oblig.* Barbos. *de claus. clausula* 229.

Luc-

623 Luego si al señor Conde, no solo le pudieron, pero le devieron mover sus experiencias alterar los dictamenes, conociendo q̃ eran impracticables las disposiciones de el año de 42. aconsejado de si mismo, y de lo que vno de los siete Sabios de Grecia dixo: *Quicquid agas, sapienter agas, & respice finem*, para que la disposicion con que avia de fallecer no padeciesse censura por inepta, y no conveniente à la oportunidad de los tiempos, y à la possibilidad de la execucion, la reduxo à lo comunicado con la señora Condesa, y careciendo de mas tiempo, segun el aprieto de la enfermedad para extenderla, remitiendolo à su confiança con el poder que otorgò, acreditando en todos tiempos lo que el mundo aplaudiò de sus operaciones.

624 No pudieran los señores Marqueses darse por desentendidos de tan convincentes motivos para receder de el testamento de el año de 42. y acreditar de cuerda la disposicion del poder, y lo executado en su virtud por la señora Condesa, sino huviera la inversion de su llamamiento: en esto ha estado la insania del señor Conde, en esto se han cebado los discursos del furor, y vltimamente esta ha sido la mançana de la discordia; pero para impedir esta inversion, preguntados quisieramos que nos respondieran què derecho pudieron ponderar en ningun tiempo contra la voluntad de el señor Conde, siendo de ambulatoria; *vsque ad vltimum vitæ exitum, vt notum est in iure*; y si el señor Duque de Medina de las Torres, y su descendencia consiguiò prelacion, què estrañeza puede causar al mundo? quando solo el mundo pudiera estrañar que se le pospusiera, aviendo experimentado en todas ocasiones que fue el objeto de el cariño, afeccion, y benevolencia de el señor Conde, y su varonia de Guzman; casòle con su hija vnigenita, difunta, le dotò con la Casa, y fundacion de Medina de las Torres, le recomendò à toda la proteccion de la Magestad del señor Rey Philipo Quarto; empeñò su gracia para las mercedes que consiguiò el señor Duque, y en todo en otras disposiciones de su arbitrio, y con la preferencia denotò su predileccion, como resulta del Memorial *ex num.* 1954.

625 Luego fue consequente su llamamiento prelativo, no contiene disonancia la inversion; los hechos en el testamento de el año de 42. fueron mudables, y alterables como todo su contenido; dispusolo quien quiso, y pudo por voluntad de el señor Conde. *Et per consequens* tenemos ajustado que por la prudente, y recta disposicion de el señor Conde, nos hallamos en la quarta limitacion que hemos propuesto, para que no se presuma continuado el furor por la regla supra citada.

626 Y aunque ha avido algunos Autores que han puesto en controversia esta opinion, procurando defender que no se desvanece la presumpcion de el furor por la calidad de la disposicion cuerda, diziendo que pudo ser acaso el salir acertada, *ex quibus*, fueron Riminald. Alex. Raudens. *& alij*, quos refert Castill. *tom. 4. controu. cap.* 28. *num.* 47.

627 En los furiosos, que tienen dilucidos intervalos, cessa esta contro-

tro-

troversia, y vàn conformes los Autores de la opinion contraria, que quando el acto es prudente, y cuerdo, se presume averse hecho en el intervalo del furor, aunque estè probado del tiempo anterior, Menoch. *de præsumpt. lib.6. præsumpt.45. num.66. & seqq. & cons.683. num.6.* Mar. Ant. Eugen. *cons.79. num.26.* Mascar. *conclus.825. num.13.* Simon de Prætis *de interp. vltim. volunt. lib.2. interp.1. dubitat.1. solut.4 num.19.* Sforc. Odd. *cons.93. num.35. & 36.* Barat. *dict. decis.256. num.14.* Mantic. *de coniect. dict. lib.2. tit.5. num.7.* Farin. *vbi supr. num.331.* Marta *de succes. legal. 4. part. quæst.1. art.2. à num.24.* Ciriac. *controuers.329. num.32. & seqq. vol.2.* Magdalen. *de numero testium, 2. part. cap.4. num.91. & ex nostris* D. Covarr. *in 4. decret. 2. part. cap.2. num.7.* D. Molin. *de Hisp. primogen. lib.2. cap.9.* & Castill. *tom.4. contr. cap.28. num.49.* sin aver Autor que diga lo contrario.

628 No deviendo ponerse en duda que el señor Conde-Duque tuviesse dos intervalos perfectos, q̃ se reconocieron en la brevedad de su enfermedad, como està advertido, el vno el Martes en la tarde 18. de Iulio, *de quo ex n.242.* y el otro el Miercoles siguiente por la mañana, por lo q̃ han articulado los señores Marqueses *supr. num.263.* y que no pudo negar el Doctor Maroja, *ex dictis etiam supr. num.592.* y que quedarà con evidencia acreditado *infrà* con lo probado por los señores Duques.

629 Y esta opinion, y conclusiones proceden con mayor llaneza, considerando que el frenesi no es furor continuo, como se fundarà en la limitacion siguiente; antes en èl presume el Derecho que tiene dilucidos intervalos, y el frenetico se equipara al furioso, ò loco que los tiene, vt tenet Sforcia Odd. *dict. cons.93. num.5. & 6.* ibi: *Phrænetici qui ob febris vehementia aliena ab omni humano discurso loquuntur æquiparantur furiosis habentibus dilucida interualla;* y à ningun caso se puede ajustar mejor esta conclusion, y doctrina, que al presente ponderadas las probanças, y circunstancias que concurrieron en el otorgamiento del poder.

630 La quinta, y vltima limitacion, y que ella sola bastava para desvanecer todo lo que en cõtrario se opone, es, q̃ la presumpcion, que probado el furor se continùe, se entiende en las demencias por su naturaleza durables, que no suelen acabarse vna vez introducidas, y estas propia y naturalmẽte son las que provienen sin calentura; pero las que se causan de ella, como fue la del señor Conde-Duque, son enfermedades accidentales, *vt fundauimus sup. ex num.556.* y no perpetuas por su naturaleza, en las quales no se verifica la presumpcion de que permanecen, *omnes in cap. cum inter Canonicos, de Cler. præcip.* Abb. *num.7.* & ibi Butrio *num.23.* & Barbosa *in collect. num.5. ad illum text.* Alex. *cons.141. lib.1. num.4.* Barbat. *in cap. fin. de succes. ab intest.* Alciat. *de præsumpt. reg.2. præs.19.* Menoch. *lib.6. præs.14. num.1.* ibi: *Primus est quando quis laborauit morbo aliquo sui natura sanabili, vt febri similique.* Et inferius: *Attamen ego sequor opinionem, quam videx placuisse Alciato, nempè hunc non præsumi eodem*

mora

morbo desineri, sequitur Thom. Accius *de infirm legal. cap. 40. num. 11.*

631 Y mas dilucidamente la prueba en el trenesi, haziendo la misma distincion Paul. Zacch. como insigne Medico, y Iurista, *in dict. tract. quæst. Med. legal. tom. 2. tit. 1. quæst. 23.* vbi mirabiliter, & in terminis, ita ait: *Nos qui rei naturam ob modicæ scientiæ cognitionem facilius assequi possumus eius conclusionis veritatem patefacimus, & nonnullas breues regulas trademus quarum prima ea sit conclusio, quod semel furiosus semper præsumatur furiosus non habet locum in dementijs, quæ cum febre eueniunt, aut cum alio morbo quem febris concomitetur, vt in phrenetide lethargo, & huiusmodi: Non habeo pro hac regula l. C. quos in testimonium adducam non deest tamen ratio, nam aliter sese re habente omnes homines, aut potior saltim pars furiosi, & dementes præsumerentur. Quis enim est, qui aliquando delirio in febre non laborauerit, aut qui morbo aliquo ex quo rationem læsam habuerit numquam fuerit detentus? Adde etiam rationem ex rei natura desumptam, quæ talis est deliria, aut dementiæ in febribus sunt earundem febrium symptomata, recedente ergo febre ipsis etiam recedere necesse est. At febres, vt plurimum in longum non protrahuntur præsertim hæc in quibus, tam magna apparent symptomata, neque etiam de facili reuertuntur.* Et inferius, num. 9. *Ita vt verum omninò sit, id quod Castrensis dicebat in l. qui testamento, §. neque furiosus, num. 3. de testam. nimirum, quod qui aliquando insanire cœpit vix vnquam ad sanam mentem reddeat tamen hoc de dementijs intelligendum est, quæ per essentiam, & ex proprio cerebri morbo absque febre eueniunt.* Y lo mismo dixo brevioribus lineis Paulus Christinæus *tom. 1. decis. Belgicar. decis. 182. num. 14.* ibi: *Non idem est in phrenetico, nam licet phreneticus non posit de bonis suis disponere tamen cum morbus talis ad tempus sit, & duret, quia ex febre talis morbus contingit, aut oritur non habet locum dispositio, quæ de furiosis, aut perpetuò morbo laborantibus loquitur,* Card. Lugo *tom. 2. de iust. & iur. disput. 24. sect. 4. num. 62.* ibi: *Probat autem Sanchez hoc vltimum dictum, in qua est tota difficultas, quia cum furoris morbus sua natura perpetuus insanabilis, ac desperatus sit præsumitur durare omni tempore, & illa dilucida interualla sunt per accidens, ideòque minimum præsumuntur. Hæc tamen ratio in primis non procedit in ægroto, qui morbi vi aliquando delirat aliquando sanam mentem habet in illo enim delirium non est insanabile, sed magis per accidens quam sanitas mentis.*

632 Sin que pueda ser obstativo si se ponderare en contrario lo que dixeron algunos Autores con Galeno, y Avicena, que el frenesi que se causa por propia passion de el celebro con inflamacion de sus membranas, incuye por calidades inseparables calentura, y delirio, sin intermission, ni intervalo, de que hablaron el señor Rodrigo Suarez en la *alleg. 1. a num. 19.* y Caldas Pereira en el *cons. 24. num. 19.*

633 Porque se responde, que estos Autores hablaron en el frenesi propio, y no en el accidental que padeciò el señor Conde-Duque, no componien-

niendose su calidad de vicio essencial de las partes del celebro, sino originandose de el ardor, y fuerça de la calentura, y vapores que le subian à la cabeça *per consensum aliarum partium*, cuya enfermedad es la que propriamente se llama en terminos de Medicina Paraphrenesis, Zacch. *vbi prox. tit. 1. quæst. 21. num. 1.* Bartholom. Castellus *in lexic. medic.* verb. *Delirium, & verbo phrenesis*; lo qual mas copiosamente dexamos persuadido en el §. antecedente.

634 Y aunque los Medicos que curaron al señor Conde-Duque cōcordes huviessen dicho que tuvo frenesi, no concluian cosa perjudicial, porque ordinariamente se llama assi el delirio que sobreviene à la calentura, y frenetico al que le padece, hasta entre los mismos Medicos, aunque no sea por propia passion del celebro, Mercurial. *lib. 1. pract. cap. 15.* Zacch. *vbi supr. tit. 1. quæst. 16. num. 5.* y assi los I. C. difinen al frenesi: *Quod sit morbus in febre superueniens ex quo ægri insaniunt*, Budæus *in annot. ad l. 2. de ædil. edict.* Menoch. *cons. 82. num. 198.* Farin. *in fragm. crim.* verb. *Furiosus, num. 226.* Tusch. *tom. 4.* verb. *Furiosus, conclus. 539. num. 19.* y Y esta difinicion no conviene al frenesi propio, sino al impropio, *vt paraphrenesis*, como advierte Zacch. *d. quæst. 26.* & Thomàs Accius *cap. 14. num. 19.*

635 Y que el delirio de el señor Conde huviesse procedido de lo vehemente de el crecimiento, y calentura; y de los vapores que le subian al celebro, y no de otra enfermedad que padeciesse, en èl està comprobado *ex num. 556.* y lo bolvemos à advertir de las declinaciones que tuvo en el Martes en la tarde, y en el Miercoles por la mañana; y en que vàn conformes los testigos, y especialmente el Doctor Francisco de Medina en las palabras que de su deposicion quedan referidas *supr. num 245.* deducidas del *Memor. num. 1053.* ibi: *En cuyo tiempo se confirìò si seria bien recibiesse los Sacramentos, y al Doctor Lazaro de la Fuente le pareciò que por estar immediato el crecimiento no auia lugar bastante.* Et melius el Doctor Lazaro de la Fuente, *Memor. num. 1100.* ibi: *Por la mañana, como entre seis, y siete, entrò el testigo à visitar al señor Conde-Duque, y saber como le auia ido, y le tomò el pulso, y tenia tan poca calentura, que era dificultoso el conocerla.* Lo qual reconociò assimismo el Doctor Maroja, como con sus palabras lo dexamos observado *num. 570.* de este informe, y de el *Mem. num. 610. y 611.* ibi: *Con los quales se le aliuiò por entonces la calentura, y la cabeça se compuso algo por dos, ò tres horas.* Et ibi: *Remitiendose la fiebre, y el delirio*, que todo es la mayor indicacion, y señal evidente de que el celebro no padeciò frenesi, Galen. *lib. 3. de locis affect. tom. 4.* ibi: *Deliria autem, que per febrium vigores accidunt non propria cerebri affectione, sed per consensum fiunt, & melius lib. 2. de loc. affect.* ibi: *Igitur qui hæc intelligit cū per ardentium febrium vigorem hominem viderit, & vigilare, & delirare. Deinde inclinante iam febre, & dormire, & rectè sapire in capite nullam propriam esse dispositionem, sed febris abundanti calore delirium fieri existimabit.*

Tie-

636 Luego si por señales manifiestas de crecer, ò remitirse el delirio al passo que crecia, ò se remitia la calentura, està probado que no era verdadero freneſi el que padeciò el señor Conde, es deſeſtimable la ponderacion de que por la calidad de la enfermedad permaneciò el delirio, y no se remitiò con el ſupueſto de ſer phrenetis, porque en las enfermedades en q̃ ſe experimentan los accidentes de la remiſsion expreſſada, no cabe continuacion, ni ſe preſume que dura el furor, porque ceſſando el crecimiento, ceſſa el delirio, Galen. *in comm. ad lib.* 1. *Prorrhit.* Hipp. *Paulo poſt initium, vol.* 4. ibi: *Quia nonnunquam in vehementium febrium vigoribus deſipientiæ ſuperuenient, ſed in declinationibus confeſtim deſiſtant*, Cornel. Celſ. *de re Medic. lib.* 3. *cap.* 18. ibi: *Illud ante omnia ſcire oportet interdum in acceſsione ægros deſipere, & loqui aliena, quod non quidem leue eſt, neque incidere poteſt, niſi in febre vehementi non tamen æquè peſtipherum eſt, nam plerumque breue eſſe conſueuit leuatoque acceſsionis impetu protinus mens reddit*; y lo miſmo dà a entender la *l.* 1. *§. apud Viuianum, de ædil. edic.* ibi: *Veluti contingeret phrenetico, quia id ex febribus acciderit*; y la *l. ob quæ vitia*, 4. *§.* 1. *eod. tit.* ibi: *Fortè ſi propter febrem loquatur aliena*, Paul. Pariſ. *conſ.* 15. *vol.* 4. *num.* 11. ibi: *Videmus enim febre oppreſſos varia loqui, & extra propoſitum, nec conuenientia homini ſanæ mentis, tamen aliquatenus ceſſante, & declinante febre, & morbo ſtatim, & incontinenti ſanam mentem, & ſenſum recuperat*, Sforcia Odd. *dict. conſ.* 93. *num* 11. ibi: *Quieſcente enim febris ardore ceſſat quoque phreneſis*, Gabriel. *conſ.* 50 *num.* 7. *vol.* 1. Zacch. *dict. quæſt.* 21. *num.* 1. ibi: *Habentque huiuſmodi ægrotantes ſui deliriј exarcebationes quaſdam, & remiſsiones, prout febris exacerbatur, aut remittitur.* Y en el *num.* 5. dize, que ſe advierte en eſtas enfermedades, ſi el acto, de cuyo valor ſe trata, ſe hizo en el crecimiento, porque ſi ſe haze en la declinacion, tendrà fuerça à diferencia del que ſe haze durante la acceſsion.

637 *Vlterius*, porque *quomodocumque* ſe conſidere el freneſi proprio, ò improprio, no ſe tiene por furor perpetuo para que ſe preſuma continuado vna vez que ſe ha probado, porque ſobre lo dicho para convencerlo interviene el q̃ por ſer eſto cierto, aunq̃ el padre puede ſubſtituir exẽplarmẽte al hijo furioſo, no lo puede hazer al frenetico, *quia perpetuo morbo non laborat*, Doctor. *in l. ex facto, ff. de vulg. & in l. humanitatis, C. de impuber. & alien. ſubſtit. vbi Corraſ. num.* 11. Puſar. *de ſubſ. in ſubſtit. exempl. quæſt.* 181. *num.* 12. ibi: *Hinc phrenetico non poterit fieri exemplaris, quia perpetuo morbo non laborat*, Alex. Trentac. *de ſubſtit.* 3. *part. cap.* 4. *num.* 9. Intrigliol. *in eod. tract. cent.* 2. *quæſt.* 30. Spino *de teſtam. tit. de exemplari, num.* 13. Sforc. *in ſæpè repetito, conſ.* 93. *num.* 31. & 32. Ferdin. Vazq. Menchac. *lib.* 2. *de ſucceſ. progr. §.* 17. *num.* 108. & *ſeq.* ibi: *Exemplaris phrenetico qui licèt ſæpe furore quodda corripiatur tamen non ſemper eſt in perpetuo furore fieri non poteſt*; Petr. Greg. *lib.* 42. *ſyntagm. cap.* 24. *num.* 14.

638 De que se sigue con quan poco fundamento hablaron algunos Autores, diziendo, que la regla que corre en los furores perpetuos, y continuos tiene lugar en el freneſi para inducir que vna vez probado se ha de prevenir que dura, *nam in phreneſi*, ò sea propio, ò sea impropio, no milita esta presumpcion, por ser enfermedad que trae consigo calentura, que es consideracion que si se les ofreciera à los que tuvieron aquella opinion; con mejor advertencia resolvieran lo contrario.

639 Porque demàs de ser natural, y manifiesta la razon que dàn los que hemos referido para que el freneſi no se conciba, y regule, como la insania que es durable, y perpetua en encuentro, y oposicion de opiniones; se ha de estar al Autor que distingue, Ripa *ita stipulatus, de verb. obligat.* Paul. Castrens. *conſ. 6. num. 25. lib. 3.* Cavalc. *deciſ. 15. num. 2. & deciſ. 33. num. 20. & cum multis* Surd. *deciſ. 58. num. 5.* Scipion Rovit. *conſ. 97. num. 4.*

640 *Tum etiam*, porque no es legitima consequencia el freneſi, trae consigo calentura, y de ella se causa delirio: luego se presume que dura estando probado anteriormente, porque para verificar el accidente inseparable, es necessario que conste que el enfermo estava frenetico al tiempo de el acto; con probança cierta, y no presumptiva: porque faltando este presupuesto, y siendo (como es) cierto por reglas, y terminos de Medicina, y de Derecho, que en el freneſi no se presume continuacion, tampoco se presumirà el delirio, y los demàs accidentes que trae consigo; *nam qualitas non poteſt ſtare ſine ſubiecto, l. 4. §. fin. de action. empt. l. fin. de collat. bonor. cum vulgar.*

641 *Ex quibus conuincitur etiam*, la ponderacion de que por aver sido el acto de el poder tan inmediato à la declinaciõ, no se presume *adhuc* restituido à la integridad de su juizio el señor Conde; porque si bien algunos Autores, como son Menoch. *lib. 6. praſumpt. 45.* Paul. Rubeus *in pract. quaſt. cap. 15.* y otros ponderaron esta immediacion, fue debaxo de el supuesto de aver precedido vn furor por años, y meses, cuya enfermedad radicada podia dificultar la breve, y prompta restitucion, cõcurriendo otras diversissimas circunstancias que las desvanecian, las quales no pueden ser adaptables à los terminos presentes, *maximè* siendo la enfermedad de que fue posseìdo el señor Conde accidental de pocos dias, y su delirio originado de la vehemencia de la calentura, que declinada cessa, como assimismo cessò aviendo faltado la causa, y convertidose en otra de diversa especie, y porque à tener substancia semejante ponderacion, carecerian de practica las limitaciones sobre que hemos discurrido, favorecidas de las reglas de Philosophia, y Medicina sus Autores, y de todos los de nuestra Iurisprudencia, que las reconocen por constantes, y tan seguras, que omnimodamente quebrantan la regla de la continuacion de el furor, *etiam* que anteriormente se huviesse experimentado, y assi se reconocerà en los mas casos que han tratado los Autores de disposiciones otorgadas por enfermos que pa-

padecieron estos accidentes, posponiendo la consideracion, y no estimandola aun aviendo incontinenti al acto de el testar, sobrevenido como en el de la *decis.* 56. de Sessè.

642 Reconociendo los señores Marqueses la obligacion que tuvieron de probar la incapacidad de el señor Conde del tiempo del otorgamiento del poder, sin embargo de que huviesse padecido anterior delirio, por quedar con las limitaciones ponderadas vulnerada la regla de su continuacion, han recurrido juntamente à ponderar el letargo que sobrevino para inducir con la probança de los dos estremos q̃ en el medio tiempo estuvo intestable el señor Conde; y aunque Angelo en el *cons.* 135. opinò que no se verificava el furor del tiempo de el acto probados los estremos, *maximè* en el que lograsse dilucidos intervalos, *vt ait etiam* Castrensis *cons.* 120. *lib.* 1. Tusch. *verb. Furor, concl.* 543. *num.* 6. *Nihilominus* reconocemos que la opinion cõtraria es mas recibida, Ancharr. *cons.* 3. *num.* 5. Ruin. *cons.* 292. *num.* 26. *lib.* 3. *inter Consil. Curtij Iunioris*, Socin. *cons.* 98. *col.* 3. *vol.* 3. Rota *decis.* 107. *part.* 2. *diuers. num.* 25. *cum alijs, quos consulto omittimus.*

643 Pero este reconocimiento le hazemos debaxo de los terminos en que procede esta opinion, que son quando està verificado que el furor que antecediò, y que sobrevino fueron de vna misma especie; pero no en el caso de este pleito, en que la calidad de las enfermedades ha sido diversa, y no solo diversa, pero *pœnitùs* opuesta la del frenesi al letargo, y cessa la razon por esta causa de presumirse continuado el accidente por oposicion incõpatible de los estremos, Mascar. *de probat. conclus.* 730. *num.* 6. ibi: *Prætereà hanc eandem limitabis, & intelliges, vt tantum procedat quando medium habet coniunctionem cum extremis.* Et inferius num. 7. *Secus quando probatis extremis non habet medium connexitatem, vel coniunctionem cum principio, & fine, nam tunc non procedit conclusio, quod probatis extremis medium præsumatur, vt si probaui, quod hodie fuit in Templo horæ Primæ, & Nonæ non censetur ex hoc probatum, quod ego interfuerim horæ sextæ, quia ista sunt separata,* Gracian. *tom.* 2. *discept.* 392. *num.* 17. ibi: *Illa præsumptio, quod probatis extremis præsumatur medium procedit quando medium habet coniunctionem cum extremis, quæ inferunt necessariam consequentiam, vel verisimilem secus verò quando extrema sunt separata;* Menoch. *de præs. lib.* 6. *præsumpt.* 36. *num.* 13. Alciat. *de præs. reg.* 2. *præsumpt.* 22.

644 Y de lo contrario se siguiera el absurdo de concebir à vn mismo tiempo letargo, y frenesi, conteniendo esto incompatibilidad, *cùm simul contraria esse non possint; l. mutuis, ff. pro socio, l.* 1. *C. de fur. & non possunt in eodem tempore esse in eodem subiecto,* copiosè Roxas *de incompatibilit. part.* 6. *cap.* 3. *ex princip.*

645 Y no solo en los terminos en que nos hallamos el medio tiempo careciò de consequencia, y connexion con los estremos, sino vna oposi-

ficion manifiesta; pues como dexamos fundado *supr. num.* 574. en el medio del transito de el frenesi à letargo, no pudo aver ni frenesi, ni letargo, con que incluye implicacion, y repugnancia lo ponderado de los estremos, y dezir por vna parte que el letargo sobrevino à la vna del dia 19. y por otra, que antes despojado el frenesi para su introduccion padeciesse los defectos de incapacidad el señor Conde, y en el tiempo del otorgamiento de el poder, que fue à las nueve; en cuya ponderacion quisieramos que quien la forma nos respondiera, què calidad contiene la incapacidad que se finge en el medio tiempo, siendo necessario declararla, especificando el genero de locura, ò delirio, Pacian. *de probat. lib.* 1. *cap.* 43. *num.* 6. ibi: *Posteriore casu quando plures apposita species adsunt, quod accidit quando ego putà dico titium non esse sanæ mentis, quia vel potest esse furiosus, vel mente captus, tunc necessarium est, vt in capitulo, vel impositione species ipsius infirmitatis declaretur. Hoc modo ego dico, quod non est sanæ mentis, quia furiosus est, vel mente captus, vel stupidum, vel infirmi cerebri*; y si le dixere que fue letargo, serà contra lo probado por los señores Marqueses, que le dan principio à la vna de la tarde, y no antes; y si se dixere que fue frenesi, no puede ser en fuerça de frenesi posterior, que no se ha verificado le padeciesse el señor Conde, viniendo con esto à parar la presumpcion en la probança de el furor anterior, que està desvanecida con todo lo fundado, de que proviene, que la presumpcion que assimismo se ha querido deducir de el fallecimiento de el señor Conde (*de qua latius in §. sequenti*, despues de preferidas las probanças de los señores Duques) tampoco ha podido ser efecto de el furor, aviendose convertido en enfermedad de diversa especie, y calidad *pœnitus* desvaneciẽdo su continuacion.

646 Pero *dato, & non concesso*, que todo cessara, y que las presumpciones del tiempo anterior, y posterior fueran estimables, y no quedassen tan abundantemente desvanecidas con las limitaciones expressadas; solo permanecieran como presumpciones sujetas à quedar superadas, y vencidas de probança contraria, y testigos que depusiessen, y concluyessen la integridad de el juizio de *tempore actus*, como se reconoce de todas las autoridades referidas, y que favorecen las presumpciones, acordando aora la de Boer. en la *decis.* 23. ibi: *Ideò dato quod mille testes probassent talem prius fuisse furiosum, & duo probarent eundem tempore quo actum gessit sanæ fuisse mentis ista secunda probatio prævalet, quia dictæ probationes non discordant, & prima probatio non infert in tempus, de quo agitur, nisi præsumptivè*, Corneus *cons.* 83. *vol.* 2. Riminald. *cons.* 809. *lib.* 7. *num.* 40 Argelo *de acquir. possess. quæst.* 3. *art.* 1. *à num.* 97. Farin. *in recent.* 1. *part decis.* 384. *num.* 9. & 10.

647 Por lo qual para dexar removido qualquiera escrupulo, y con mayor evidencia acreditada la sana mente de el señor Conde, passamos à ponderar que los señores Duques la han justificado en el dia Miercoles de el poder plenissima y concluyentemente.

§. V.

§. V.

Que los señores Duques tienen verificada la integridad del juizio del señor Conde-Duque en el dia Miercoles de el otargamiento de el poder 19. de Iulio de el año de 45.

648 SOn multiplicados los medios con que los señores Duques han probado este assumpto, como resultarà con su separacion, *ex dicendis.*

Primero medio, por la calidad natural.

649 Consiste el primero medio, por ser calidad natural, la sana mente, y presumirse en el señor Conde-Duque, y en qualquiera persona como al contrario accidente el furor, y desconcierto de el juizio, *vt fundauimus supr. num.* 186.

650 Sin que la enfermedad de que fue posseìdo le privasse de esta presumpcion natural, y legal, no aviendo por su essencia incluìdo delirio perenne, y continuado, como lo hemos justificado en el §. 3. y hallandonos en las limitaciones, que abundantemente quedaron ponderadas en el §.4. sobre la regla de la *ley penult. C. de curat. furiosi*, y glos. del *cap. fin. de successionib. ab intest.*

Segundo medio, por la asistencia de el instrumento.

651 El segundo, por hallarse los señores Duques con la asistencia de derecho que comunica el poder, ù otro qualquiera instrumento otorgado ante Escrivano publico, fiel, y legal, como lo fue Bernardino de Benavides, numero de testigos, y demàs solemnidades necessarias, y que previenen las disposiciones juridicas, y leyes de el Reyno.

652 Y con superior razon estando el poder, y disposiciones otorgadas en su virtud por la señora Marquesa, cumplidas, executadas, y observadas por mucho espacio de tiempo, sin contradicion de los interessados, como resulta de el *Memor. ex num.* 1430. *vsque* 1443. dificultando por esto la censura de derecho su opugnacion, *ex text. in cap. contingit, de transaction.* ibi: *Si fuit aliquot annis approbata*, Decius *cons.* 448. *num.* 18. Craveta *cons.* 707. *num.* 30. Paris. *cons.* 88. *num.* 47. *vol.* 3. Marta *cons.* 181. *num.* 11. Peregrin. *cons.* 64. *vol.* 1. Mantic. *de tacit. conuent. lib.* 26. *tit.* 9. *num.* 47. Gracian. *tom.* 3. *discept. cap.* 168. *à num.* 5.

653 *Et præcipuè* aviendo intervenido en los actos de la execucion, y observancia, como intervinieron los señores Marqueses, deviendo obstarles este reconocimiento, no ignorando su contenido, *arg. text. in l. fideiussor.* 26. §. 1. *de pignor. l. sicut, §. non videtur, ff. quib. mod. pign. vel hypoth. soln.* DD. *in l. emptor, §. Lucius, de pact.* Menoch. *de præsumpt. lib.* 3. *præs.* 66.

*66.num.*16.*&* 20.Francisc.Ferentil.in add.ad Burat.*decis.*419.*num.*13.
Surd.*cons.*164.*num.*45.Barbos.*in l.qua dotis*, 34.*solut.matrim.num.*167.
Ann.Rober.*lib.*4.*rer.iudic.cap.*14.vers.*Pro Seio*, Cancer.*variar. tom.*1.
*cap.*22.*de campsoribus,num.*2.

Tercero medio, por lo que resulta de las operaciones de los principales testigos de los señores Marqueses, sus asserciones extrajudiciales, y judiciales.

654 Este consiste, lo primero, en que el Padre Ripalda fue quien intervino en la junta que hizieron los Medicos, concordando con el conocimiento de la sana mente de el señor Conde en que testasse, confessasse, y recibiesse el Viatico, confessandole, como lo hizo, en execucion de esta resolucion, assistiendo al acto de el Viatico, publicando aver sido la confession quasi generalmente, y muy à su satisfaccion, y con integridad de juizio, asseverandolo inmediatamente, perseverando en el dictamen de todo por mucho tiempo, defendiendo las disposiciones que en virtud de el poder executò la señora Condesa, cerciorando al mundo, y à su Magestad de esta verdad, como lo ponderamos desde el *num.*318. fundando desde el *num.*327. que se deve diferir à estas operaciones, asserciones, y declaraciones, como contemporaneas al acto, y mas verosimiles, antes que à la deposicion posterior.

655 Lo segundo, porque el Doctor Cipriano de Maroja fue assimismo quien intervino en la junta, y con el conocimiento de la restitucion de el señor Conde, dispuso, como èl mismo lo confiessa, que testasse, confessasse, y recibiesse el Viatico, que por ser cierta, y innegable la integra capacidad con que executò estas operaciones, las asseverò, y publicò vniformemente, siendo vno de los testigos instrumentales que intervinieron en el otorgamiento de el poder, y le firmaron, como lo fundamos desde el *num.*407 *& seqq.* ponderando que contra lo referido otra qualquiera deposicion opuesta, como inclusiva de torpeza, es desestimable.

656 Lo tercero, porque aunque debil, y flaca la probança que componen los testigos de oìdas de los presentados por los señores Marqueses, no ay alguno que le sea favorable, y los doze de ellos le son perjudiciales, como contra *producentem*, como lo fundamos desde el *num.* 515.

657 Lo quarto, porque los señores Marqueses no pudiendo obscurecer la capacidad que recuperò el señor Conde en el Miercoles dia de el otorgamiento de el poder, la articularon, aunque con la epiqueya de reducirla à vn alivio, sossiego, quietud, y mejoria de la enfermedad por espacio de dos horas, poco mas, ò menos, como resulta de las preguntas, *Memorial fol.*231.

658 Lo quinto, porque aun deseando complacerles en ellas el Padre Ripalda, y el Doctor Cipriano de Maroja con los arrojos, temeridades, y con-

convencimiento que les hemos observado de sus deposiciones, no pudieron dexar de manifestar en ellas lo que esperamos, que en el mas seguro, y desapassionado concepto de los señores Iuezes para persuadir la saua mente de el señor Conde, *ex seqq.*

659 Lo primero, porque el Padre Ripalda debaxo de la tercera pregunta de tenuta, y quarta de propiedad, *Memor. num.* 573. depuso no solo de el sossiego, quietud, y mejoria, sino es que tuvo conocimiento de las personas, y que comiò con reposo, y que le durò tres horas, poco mas, ò menos, ibi: *En el qual por la mañana mostrò algun sossiego, y quietud en la cama, y algun conocimiento de las personas que le assistian, y à cosa de las diez de la mañana comiò con algun reposo; y por esta mejoria, que durò tres horas, poco mas, ò menos, contandose desde las siete, hasta las diez de la mañana, que comiò, se tratò de que se le diesse el Viatico, y otorgasse el poder para testar.*

660 Lo segundo, porque el Doctor Cipriano de Maroja assimismo en su deposicion nos confiessa lo que irèmos expressando, *Memor. num.* 590. ibi: *En el qual dia* (habla de el Miercoles) *por minorarse los accidentes el dicho señor Conde-Duque comiò, y bebiò sin que le apremiassen à ello.* Et num. 610. ibi: *Se le ordenò à dicho señor Conde vna ayuda, con la qual se le excitò, y mouiò el vientre de manera, que desde dicha noche, hasta el Miercoles por la mañana, fin de el quarto dia de la enfermedad, y entrada de el quinto, obrò veinte y tres, ò veinte y quatro cursos, con los quales se le aliuiò por entonces la calentura, y la cabeça se compuso algo por dos, ò tres horas, poco mas, ò menos, y en este tiempo conociò al Marquès de Mayrena, que estaua sentado en la cama, llamandole por su nombre.* Et num. 611. ibi: *Salida de el quarto de la enfermedad, y entrada de el quinto dicho señor Conde-Duque se aliuiò de los accidentes rigurosos que antes tenia, remitiendose la fiebre, y el delirio, y teniendo algun conocimiento, y alguna memoria que antes no auia tenido, desde el principio de la enfermedad, hasta aquel punto, la qual remission, y declinacion tuuo origen de vna ayuda que se le ordenò.* Et inferius, ibi: *Y el dicho aliuio fue por espacio de dos, ò tres horas, poco mas, ò menos, en el discurso de el qual no hizo violēcia alguna, antes estuuo quieto, y sossegado.* Et ibi: *Y tiene por cierto que el dicho señor Conde-Duque estuvo con el frenesi, y delirio, aunque remitido, sin quedar enteramente en su juizio natural.* Et num. 726. aviendo expressado que el señor Conde dixo la Confession, y el Credo, y otras palabras sin errarlas, y que tenia la memoria firme acerca de ellas: repreguntado quales fueron las q̃ dixo con concierto, fuera de la Cōfession, y el Credo, el dia, y en la ocasion que recibiò el Viatico, dize: *Que quando le preguntaua el Sacerdote, que administraua el Sacramento, las preguntas ordinarias que se preguntan à los que reciben aquel Sacramento por Viatico, respondia à ellas derechamente en esta forma quādo le preguntauan si creia todo lo que cree, y confiessa la Santa Iglesia Catolica Romana, respondia: Si*

reo; y diziendole, perdona V. Exc. à sus enemigos, respondia: Si. Et in num. 773. ibi: *Pero sabe, que al tiempo que el dicho señor Conde-Duque estuuo algo mas quieto que los dias antecedentes, dicho Escriuano preguntò à dicho señor Conde-Duque si queria su Excelencia hazer testamento, y el dicho señor Conde-Duque respondiò, que no estaua para ello; à lo qual el dicho Escriuano replicò, diziendo, con que V. Exc. otorgasse vn poder para hazerle, bastarà: y preguntando el dicho Escriuano al dicho señor Conde si le queria otorgar, respondiò, que si; y entonces el dicho Escriuano aduirtiò al dicho señor Conde-Duque, que eran menester tres cosas para que fuesse valido, que era, nombrar testamentario, sepultura, y heredero. Y preguntando el dicho Escriuano al señor Conde Duque à quien nombraua por testamentario, respondiò el dicho señor Conde-Duque à la Condesa; y preguntando el dicho Escriuano à quien queria dexar por heredero, respondiò: A la Condesa; y preguntando el dicho Escriuano al dicho señor Conde-Duque donde queria enterrarse, respondiò, que en su Conuento de Loeches.*

661 *Quo supposito vti* la demencia se distingue, y conoce por las operaciones, y palabras depravadas, y agenas de el entendimiento, *ita similiter* por las prudentes, cuerdas, y convenientes à la sanidad de el juizio, se discierne su integridad, y concierto, *cap. legitimus*, 93. *dist. l.* 1. *§. interdum, ff. de ædil. edic.* Paris. *cons.* 88. *num.* 43. *lib.* 3. Alciat. *præsumpt.* 18. Menoch. *lib.* 6. *præs.* 45. *num.* 21. *&* 66. *& cons.* 83. *num.* 3. ibi: *Sicuti stultus, & demens, ac mentecaptus iudicatur is qui talis ab hominibus existimatur, ob actus stultitiæ, & dementiæ quos facit, ità èontra multò magis existimatur, crediturque sanæ mentis ille qui facit actus conuenientes hominibus sanæ mentis*, Lap. *alleg.* 25. *num.* 2. Farin. *vbi supr. num.* 281. *& num.* 285. Mantic. *lib.* 2. *tit.* 5. *num.* 11. Tusch. *conclus.* 543. verb. *Furor, num.* 31. Argel. *de acquir. posses. quæst.* 3. *art.* 1. *num.* 58. Surd. *cons.* 89. *n.* 5. ibi: *Protulit multa verba conuenientia, homini sanæ mentis, ideò dici non potest insanus, quia ex verbis cognoscitur demens, & verba sunt earũ quas in anima habemus passionum notæ, vt ait Philosoph.* Marta *de succes. leg.* 4. *part. quæst.* 1. *art.* 2. *num.* 19. Petr. Ricc. *decis. Lituan.* 1. *num.* 116. ibi: *Nam si ex alienis de ridendisque sermonibus furor arguitur dilui contra ex sapienter dictis suspicio furoris debet, nam nihil, tam naturale est, quam ex contrarijs contraria proficisci*, Sousa Macedo *decis.* 2. *num.* 6.

662 Luego si de el señor Conde expressaron el Padre Ripalda, y el Doctor Maroja lo ponderado en los numeros antecedentes, y que hemos observado de sus deposiciones, haziendo la devida reflexion que se deve sobre ello, se reconocerà que todo califica la integridad de el juizio, porque es omnimodamente opuesto à lo experimentado en los dias precedentes, y al furor que padeciò en ellos. Lo primero, porque en aquel tiempo todo era inquietud, y furia, de tal manera, que no le podian sangrar, ni hazer que comiesse, teniendo necessidad de vsar de la violencia para lograr la aplicacion de los remedios; y en el dia de el Miercoles hasta que le sobre-

brevino el letargo, y apoplegia, todo fue quietud, fossiego, y apetito à la comida. Lo segundo, porque en los dias precedentes no se le observò conocimiento de las personas, y en el Miercoles se le confiessa. Lo tercero, porque tampoco de ellos se propone respuesta consequente alguna; y en el Miercoles no se le han podido negar los mas difidentes de su juizio, y vnas respuestas que piden, y requieren la reflexion de su integridad, como negarse à otorgar testamento con el conocimiento de que no estava para dilatarse en èl, condescendiendo en el otorgamiento de el poder, por ser acto de mayor brevedad, nombrando por su testamentaria, y heredera à la señora Condesa; y lo que mas es, señalando el entierro de su Convento de Loeches, eligiendo en esto cō propriedad, y acierto, no loq̄ pudo disponer la fantasia de lo presente, sino es lo que dictò la eleccion de el entendimiēto, aviendo conocido assimismo por èl, llamando por su nombre al Marquès de Mayrena su hijo, dicho la Confession, y el Credo con toda integridad, y respondido con concierto à todas las preguntas de el Parrocho en el acto de la administracion de el Viatico, y con la diferencia que corresponde à cada vna, sin lo que con mas extension resultarà de la probança de los señores Duques.

663 Y si lo referido es innegable, *quid interst*, que sin embargo de ello, assi el Padre Ripalda, como el Doctor Maroja, ayan opinado, diziendo, que juzgan, y presumen que el señor Conde no recuperò su integra capacidad en medio de el alivio que no pudieron dexar de reconocer; porque en su censura, y presumpcion se propassaron apassionadamente à lo q̄ no les tocava, ni se permite à los testigos, deviendo solo diferirse à lo depuesto con narracion por actos externos inductivos de furor, ò insania, *vt fundauimus supr. num.* 294.

664 Pero quando *sine veri praiudicio* el señor Conde no se huviesse restituido à la robustez de la razon que desconocieron los arbitrios temerarios del Padre Ripalda, y el Doctor Maroja, sin otra medida, y regulacion que la de su apassionada censura: ello es constante que nos han confessado vna omnimoda conversion de conocimiento, palabras, y operaciones, y con causa tan capaz de originarla como la de los remedios aplicados, y especialmente el de la evacuacion que produxo la ayuda, reconociendo à este tiempo la remission de el delirio con la remission, y declinacion de la calentura, pues *videamus nunc* si en estos terminos, y de no estar totalmente enagenado el señor Conde, sino es mas propenso à la sanidad que al delirio, existiria testable, y legitimo el poder?

665 Y es certissimo, como legal, que en esto han concordado todos los Autores, pidiendo sobre lo contrario vna total carencia de el juizio, y de la razon, vt tenuerunt Corneus *cons.* 261. *num.* 21. *vol.* 4. *col.* 9. Parif. *part.* 3. *cons.* 88. *viso processu, num.* 41. 42. & 43. ibi: *Et benè facit, quod voluit Corneus dict. cons.* 261. *de duobus, vol.* 4. *col.* 9. vers. *Profectò non requiritur, vbi concludit quod in homine testante, seu disponente de rebus suis*

non

non requiritur perfectus sensus, sed sufficit quod sit sanus, & quod non sit omnimodo à mente alienatus, adducit optimas rationes, & leges hoc probantes maxime, l. hac consultissima, §. cum humana fragilitas, C. qui testam. fac. poss. Vbi cogitatio mortis impedit proprium sensum, & tamen dispositio facta per existentem in tali cogitatione est valida, adducit etiam, l. quoniam indignum, C. de testam. Vbi semi mortuus potest testarij, in quo certum est non esse integritatem sensus, & cerebri; hoc idem per easdem rationes voluit Corneus cons. 91. in causa, col. penult. vol. 4. Vbi concludit quod licèt quis sit insipiens tamen potest testari, esto quod in aliquibus partibus defectus cerebri cum nullus viuat sine aliqua particula dementiæ, adducens minorem masculum in quatuordecimo anno, & fœminam in duodecimo posse testari, & tamen certum est illas non habere plenum, & perfectum sensum, & plerumque faciunt puerilia, & derisoria, & non conuenientia viro prudenti. Vndè licèt quandoque quis faciat actum, vel dicat verba non conuenientia viro prudenti ex hoc non debet iudicari pœnitus mentecaptus, & demens: quia quandoque viri non fatui, neque mentecapti faciunt ista; & probatur, &c. Quibus stantibus tenendo D. Ioannem fuisse grossolanum, & rudem esto quod non fuisset ita perspicax, neque ingeniosus, neque ingenij perfectissimi, sed potius obtusi hebetis, & crassi dicendum erit, quod rectè potuit de rebus suis disponere, & dictam donationem facere.

666 Bos. *quæst.* 23. *num.* 79. Menoch. *cons.* 83. *num.* 15. ibi: *Ergo concludendum, quod etiamsi concedamus D. Ioannem Baptistam consueuisse laborare aliqua phrenesi non tamen illa impediebat de rebus suis disponere cum ad disponendum de rebus, non requiritur perfectus sensus, sed sufficit quod non sit furiosus, vel omninò à mente alienatus.*

667 Lo mismo con Bald. *cons.* 345. *num.* 3. & 4. *lib.* 3. sintiò Tusch. *lit. S. conclus.* 593. *num.* 4. ibi: *Oportet intelligere de eo qui omnimodò alienauit intellectum.*

668 Similiter Boer. *decis.* 23. *num.* 79. Tib. Decian. *cons.* 51. *à num.* 82. *lib.* 4. Ioseph Ludovis. *decis.* 1. *num.* 14. §. 1. Farin. *in posth. decis.* 525. *tom.* 2. Cavaler. *decis.* 622. *num.* 4. Burat. *decis.* 256. *num.* 10. & 22. Camil. Borrel. *controu.* 44. Argelo *de acq. poss. art.* 1. *num.* 65.

669 Gracian. *discept.* 843. *num.* 2. *tom.* 5. ibi: *Requiritur totalis alienatio mentis ad hoc, vt testamentum corruat, nam iura de furioso loquentia intelliguntur solum de illis, qui laborant continua mentis alienatione, & carent omni intellectu, & nullum vsum rationis habent.*

670 Zacch. *quæst. Med. legal. lib.* 2. *tit.* 1. *quæst.* 7. *num.* 4. ibi: *In eo qui de rebus suis disponit non requiritur mens omninò sana, sed vt non sit demente alienatus.*

671 Gamma *decis.* 46. *num.* 6. Cabed. 1. *part. decis.* 97. *num.* 5. Reynoso *obseru.* 32. *à num.* 8. Barbos. *voto* 11. *num.* 15. & 16. Noguer. *alleg.* 25. *num.* 77. Sousa Maced. *decis.* 2. *num.* 10.

672 Cæsar Carenna *resol. practic. resol.* 171. ibi: *Quia cum ad redden-*

dendum quem in testabilem ex hoc capite non sufficiet qualibet debilitas intellectus, sed requiratur totalis alienatio mentis, vt benè notauit Rota apud Burat, &c. Et in num. 16. ibi: *Vbi quod actus allegati per testes ad effectum de quo agimus debent de necessitate inferre totale exilium mentis, & intellectus, & omnimodum vsum rationis aliàs non probant dementiam ad effectum reddendi quem intestabilem.*

673 El Cardenal de Luca *de testamentis, discurs.* 38. defendiendo vn testamento otorgado por persona à quien se le avia colocado en vn Hospital, y se le avia proveìdo de curador para la administracion de su hazienda con el supuesto de ser sugeto insano; y de no integra capacidad; *num.* 7. *in fin.* ibi: *Non tamen ex indè inferri posset ad talem à mentiam, vt eum redderet intestabilem quoniam, vt suprà aduertitur, non omnis mentis debilitas, vel hebetudo, quæ prudentiam tollat, vel minuat causat intestabilitatem minusque deputatio curatoris, vel administratoris ad id sufficiens reputatur.*

674 Idem *discurs.* 39. tratando de otro testador; contra cuya sana mente intervenia considerable probança, y relevantes congeturas; defendiendo sin embargo su dispòsicion, *num.* 15. ibi: *Quia non agebatur dementis infirmitate fixa, & confirmata, sed de accidentali phrenesi resultante aperioris morbi, vndè propterea stant benè simul, vt testator quãdoque phreneticus fuerit, & tamen cessante illa accidentali alteratione fuerit in statu valido, atque habili ad testandum iuxta plurium casuum distinctionem de qua discursu præcedenti; vbi quod non omnis mentis hebetudo causat intestabilitatem.* Et in num. 17. vers. *Aut infirmus, aliqua dilucida interualla habere solitus erat; seu (magis ad rem) non agatur de furore; vel dementia fixa, notabili tempore confirmata, sed de illa alteratione mentis quam febris, seu alterius morbi vis, in infirmis (iuxta eiusdem morbi periodos) ad tempus causare solet adeò vt cadere possit probabile dubium, an de tempore conditi testamenti infirmus alteratam, vel tranquillam mentem haberet; & tunc ordo bonus, vel malus dispositionis in hoc dubio esse debet regulator eius validitatis, vt concurrente prudenti benèque ordinata dispositione præsumptio stet pro sanitate; multoque magis vbi pro eadem concurrant assertio notarij, atque aliæ probationes, vel adminicula, cum non omnis alteratio mentis sufficiat ad reddendum aliquem intestabilem, vt liquet ex pluribus Rotæ decisionibus, ita sustinentibus, vel testamenta, vel etiã donationes, & actus inter viuos; vt præsertim in vltimis voluntatibus habetur, decis.* 184. *part.* 1. *decis.* 570. *part.* 4. *tom.* 3. *decis.* 253. *part.* 5. *decis.* 233. *part.* 7. *apud Burat. decis.* 256. *in Romana de Gracchijs, coram Remboldo in addit. ad Mascard. de probat. conclus.* 824. *decis.* 265. *part.* 9. *recentior. ap. Celsum d. decis.* 166. *& in alijs, & in terminis donationis Merlinus decis.* 672. *decis.* 298. *part.* 7. *& decis.* 276. *part.* 8. *recent. benè in Romana donat.* 1. *Ianuar.* 1619. *coram Dunozetto Seniori inter suas decis.* 191.

Idem

675 Idem *discurs. 40. num. 7.* en otra especie semejante, ibi: *Dicebam etiam in sensu veritatis, quod irrelevantia esset clara quoniam, tam articuli desuper dati, quam attestationes exhibitæ profumo materiæ articulata continebāt, quod testator ex morbo, vel ætate redditus erat nimium impatiens, ac imprudens frequenter vocando diabolum, ac proferendo verba indecentia, nec non indebitè quærelando proprium filium apud eos Magistratus, ac superiores, atque frequenter mutando famulos cum similibus actibus imprudentiam, vel iracundiam, seu levitatem redolentibus, ex quibus indici quidem poterat, quod effectus esset minus prudens, atque imperfectus non tamen amens cum illa amentia, quæ aliquem reddat intestabilem, cum non omnis mentis alteratio, vel hebetudo ad id sufficiat; aliud enim est aliquem esse imprudentem, vel hebetem, seu etiam habere phantasiam in aliquo offensam aliud verò eum esse omninò à mentem, adeò vt dici valeat intestabilis, ex his quæ cœteris relatis habetur, apud Celsum decis. 166. num. 10. cum alijs sup. discurs. 38. Frequenter etenim videmus præsertim in his qui hypochondriacis morbis, ac passionibus subiacent, quod ob illam passionem plures actus gerunt, ex quibus quasi pro furiosis, vel à mentibus de facto reputantur; & tamen non sunt tales; atque vbique (præsertim verò in vrbe) frequenter cernimus personas imaginatiuam, seu phantasiam læsam habentes cum opinatione quod sint, vel certò sint extituri Summi Pontifices, vel Cardinales, &c. & tamen in reliquis sunt prudentes, atque perfecti Iudicij benèque de eius bonis disponunt eaque administrant.*

676 De todas las quales autoridades no solo queda comprobado el assumpto, y conclusion de que no aviendo existido omnimodamẽte, enagenado en el dia Miercoles el señor Conde quedò testable; pero bien reconocidas, como lo esperamos con las citadas por estos Autores, se hallarà en vnas averse defendido las disposiciones, y en otras averse determinado à favor de ellas, sin embargo de intervenir mas copiosa probança, congeturas, y circunstancias de mayor estimacion, que las expressadas por los señores Marqueses, y aun no existiendo tan relevante, y concluyente probança en favor de los testadores, como la que se hallarà por la integridad de el juizio de el señor Conde, omitiendo la convinacion de estos casos, y circunstancias con los terminos de el presente, por la justa confiança de la prudente reflexion que sobre todos haràn los señores Iuezes, escusandoles el mayor volumen de este informe; con que passamos à lo contenido en las probanças de los señores Duques.

Quarto medio, por lo que han depuesto los testigos presentados por los señores Duques, diuidido por actos, y tiempos en el dia Miercoles de el otorgamiento de el poder.

677 SIendo lo controvertido, y dudado si el señor Conde en el dia Miercoles de el otorgamiento de el poder se restituyò à

à la integridad de su juizio para persuadirlo, con evidencia procederèmos con distribucion de los actos, y tiempos, en que se le reconociò, y advirtiò por los testigos en este dia el concierto de su razon.

Primero acto de entre quatro, y cinco de la mañana.

678 En esta hora, y tiempo se le reconociò al señor Conde, no solo con quietud, alivio, y mejoria, sino es con integra capacidad, executando diversas operaciones, y hablando muchas palabras, con la reflexion, y advertencia que la indicaron, y que justamente la persuadieron, y que solo pudieron ser producidas, como lo fueron de el conocimiento, è integridad de la razon que posseyò, como lo iràn manifestando las deposiciones de los testigos observados sobre este tiempo, y hora.

679 El Doctor Francisco de Medina, Medico examinado en tenuta, *Memor.num.* 1097. dize, ibi: *Que el dia Miercoles 19. de Iulio à cosa de las quatro de la mañana, poco mas, ò menos, tomò el testigo vna bugia en la mano, y arrimandose à la cama de el señor Conde-Duque viò à su Excelencia con los ojos abiertos, cosa que en lo antecedente no lo auia obseruado, fuera de el tiempo de la intermission de el dia Martes en la tarde, que lleua referido; y viendo el testigo que le miraua con aduertencia, se estuuo el testigo quieto, y sin hablarle palabra, y à poco tiempo el señor Conde le preguntò al testigo, què haze acà? Y el testigo le respondiò: Señor, estoy assistiendo à vna graue enfermedad que V. Exc. ha tenido en compañia de el Doctor Maroja, y el Medico de V. Exc. y lo mas que ha tenido de consideracion V. Exc. ha sido vn enagenamiento de la razon con mucho riesgo de la vida. A que le respondiò al testigo el dicho señor Conde: Los Medicos son grandes hazañeros; y juntamente le dixo à el testigo, el quarto de la Condesa està abierto? y el testigo le respondiò, que si, que todo el tiempo de su enfermedad lo auia estado para entrar à dar cuenta de el estado de la enfermedad; y entonces le dixo el señor Conde al testigo: Entre, y diga como estoy: y el testigo se apartò de la cama, y se fue à entrar por vna puerta al aposento de el testigo à tomar la valona, y el ferreruelo, y antes de llegar à dicha puerta le dixo el señor Conde con aduertencia. Adonde và por ai? A que respondiò el testigo: Señor, voy por valona, y ferreruelo; y el dicho señor Conde le dixo: Entre como està, y diga que yo se lo mando. Y auiendo entrado à dar el recado à la señora Condesa, boluiò el testigo à la cama de el señor Conde, y le recibiò con mucha alegria, y juizio, y le preguntò al testigo: Aora què han de hazer? A que respondiò el testigo: Señor, llamar los Medicos, que si por mi solo corriera el seruicio de la salud de V. Exc. no hiziera otra cosa mas de suplicarle tratasse de confessar, y comulgar, y disponer sus cosas antes de otra diligencia; y en esta ocasion el dicho señor Conde sacò vna mano, y tomò al testigo la suya, y le dixo: No de valde le quiero bien, porque le tengo por hombre de bien, y buen Medico; de donde infiere el testigo estaua en esta*

ocasion el dicho señor Conde en su juizio, por no auer visto en su Excelencia deprauacion en las potencias superiores, por no auerle visto yerro en ellas, ni quoad modum, ni quoad obiectum, ni quoad tempus, que son los tres generos de delirio, que la medicina conoce, y los enfermos suelen padecer; y tiene por assentado, y cierto, que por estas razones, y por auerle obseruado las naturales deuidas al juizio, en esta ocasion estaua el señor Conde en su sano, y entero juizio. Y prosiguiendo añade lo que posteriormẽte se obrò, y junta que huvo de Medicos, que queda ponderada, y ratificado en el juizio de propriedad, *Memor. num.* 1098. Preguntado por la constitucion de la enfermedad, dixo: *Que fue de calentura continua, con sus crecimientos, y vn enagenamiento de la razon, nacido de vna destemplança caliente, y humeda, à la qual se siguiò la deprauacion de las potencias superiores, y falta de el entendimiento hasta el dia que tiene referido, le hallò con juizio las siete horas, poco mas ò menos, y que à la hora de las once de el dicho dia, creciendo la calentura de nueuo, se boluiò à enagenar.* Y repregutando si conforme à los preceptos de su arte, y la calidad de la enfermedad la mejoria fue, ò pudo ser natural, ò si se le deviò à atribuir à accidente sobrenatural: Dixo, *que en virtud de las diligencias hechas, como fueron euacuaciones vniuersales de sangre, y diuersiones, como fueron ventosas, fregamientos, y vna euacuacion de camaras copiosa, se apartò de la cabeça el humor que le acometia, y ocasionaua enagenamiento, y por el tiempo que este mouimiento de humores se retardò, diò aquel interualo à la razon; y boluiendo à seruir de nueuo, perdiò la razon.*

680 Concuerda en todo lo que ha depuesto el Doctor Medina, *Memorial num.* 1102. Artus de Roy, ibi: *Y el Doctor Medina, Medico que le asistia desde el principio de su enfermedad, à cosa de las cinco de la mañana el dicho dia entrò con vna luz à la cama donde estaua el señor Conde-Duque, el qual le dixo à dicho Doctor Medina: Què tiene por acà tan de mañana? y le respondiò, que asistia à su enfermedad, que auia sido, y era graue, y que conuenia, pues se hallaua su Excelencia en disposicion que ordenasse las cosas de su alma, y cuerpo; y el señor Conde-Duque respondiò: que siempre le auia tenido por hombre de bien, y que lo experimentaua en dezirle la verdad, y desengañarle; y lo sabe el testigo por auerlo oido, y hallarse en el mismo aposento adonde dormian de ordinario todo el tiempo de su enfermedad el testigo Simon Rodriguez, &c.*

681 Doña Geronima de Mendoça, *Memor. num.* 1107. depuso lo mismo, ibi: *Se hallò como entre cinco, y seis de la mañana con grande mejoria, y con entero juizio, y lo sabe la testigo, porque ninguna noche se acostò la testigo, ni los demàs criados de la señora Condesa, y andauan entrando, y saliendo en el aposento de el señor Conde-Duque; y porque à esta hora el Doctor Medina:* y va continuando su razon con los mismos actos, preguntas, y respuestas contenidas en la deposicion del Doctor Medina.

682 Lo mismo Pedro de Humaña, *Memor. num.* 1118. ibi: *Que en*

toda la enfermedad de el señor Conde-Duque se acostò pegado à su aposento, en la antesala, sobre vna arca, y el dia Miercoles 19. de Iulio de 1645. como à las cinco de la mañana, sintiò ruido, y se llegò à la puerta del aposento à ver que era, y el Doctor Medina iba à salir, y oyò el testigo que le dixo el señor Conde: No ha de ir por aì, sino es por essotra puerta; y prosigue contestando con lo queda advertido depuso el Doctor Medina.

683 Don Diego de Llamazares, *Memor. num.* 1127. con la ocasion de quedarse para el reparo de la limpieça de el señor Conde, mediante la evacuacion que avia originado la ayuda, depone assimismo de averle reconocido à esta hora, y en este tiempo con integra capacidad, refiriendo averle reparado tener abierto el ojo izquierdo, y que le tratò con algunas acciones de llaneza, como lo hazia en salud; y que aviendole propuesto, que abriesse el otro ojo por amor de el testigo, entonces le respondiò el señor Conde: *Si harè, hijo, que eres criado de ley, y le abriò, y le apretò las manos, y dixo: Bendita sea la misericordia de Dios, que gran dia me ha dado; y passaron à otras razones, de que no se acuerda el testigo mas de que por las que lleua dichas, y lo que passò, y conociò estaua en su entero juizio*; y continuando en su deposicion refiere juntamente lo expressado por el Doctor Medina, y los testigos antecedentes.

684 Simon Rodriguez de Vbierna, *Memor. num.* 1129. ibi: *Que el Miercoles 19. de Iulio de el año de 1645. el señor Conde-Duque auiendo hecho vna grande euacuacion, se hallò poco despues de las quatro de la mañana con entero entendimiento, y cabal juizio, porque el testigo se hallò alli, donde quedò à assistirle en su dormitorio, y hablò con su Excelencia à esta hora; y viendole quieto, y que hablaua con grande concierto, le dixo: Bendito sea Nuestro Señor, que nos ha querido dar tan buen dia con ver à V. Exc. tan bueno; y èl respondiò: Bendita sea su Diuina Magestad por siempre jamàs.* Y añade de oìdas, por averse retirado este testigo quando entrò el Doctor Medina lo que de su deposicion queda referido, en lo qual se ratificò en tenuta, *Mem. num* 1130.

685 Y de oìdas al Doctor Medina, todo lo que dexamos expressado lo deponen Doña Catalina de Olivares, *Mem. num.* 1109. Francisco Maquirian, *num.* 1111. Isabel Delgado, *num.* 1116. Don Iuan de Zubiaure, *Mem. num.* 1131. Fr. Luis de Salcedo, del Orden de Nuestra Señora de la Merced, y Iuez Conservador de la Vniversidad de Alcalà de Henares, *Mem. num.* 1133. Don Miguel de Vlloa, Cavallero de el Orden de Santiago, vezino de la Ciudad de Toro, *Mem. num.* 1136. Alonso Deza, vezino de dicha Ciudad, *Mem. num.* 1138. El Licenciado Tomàs de Mansilla, Cura de la Parroquial de la Santissima Trinidad de dicha Ciudad, *Mem. num.* 1140. El Doctor Don Pedro Dominguez Moreno, Provisor que avia sido de el Obispado de Zamora, y Vicario entonces de Toro, *Mem. num.* 1144. Fr. Bartolomè Diaz, Lector de Theologia en el Convento de Santo Domingo de Leon, *Mem. num.* 1153. Don Iuan Enri-

quez de Almansa con mas individualidad, *Mem. num.* 1157. contestando los mas de estos testigos aver sido estas oìdas de el Doctor Medina inmediatamente de aver reconocido en la referida hora, y tiempo la mejoria de el señor Conde, y en otros despues de su fallecimiento: con que sobre adminicular estas oìdas, lo comprehendido en este tiempo, y acto, convencen las contrarias, que supusieron de el Doctor Medina, Doña Francisco Fernandez de Andia, y Doña Francisca Fernandez de Andia, demàs de lo que dexamos expressado sobre sus deposiciones, *num.* 483. y 489. y Ana Gomez de oìdas à D. Diego de Llamazares, *Mem. num.* 1120. Doña Iuana de Velasco de oìdas al Marquès de Mayrena, por lo expressado de el Doctor Medina, *Mem. num.* 1121. concordando en la circunstancia de aver entrado el Doctor Medina en el quarto de la señora Condesa à prevenirla de el alivio de el señor Conde Doña Catalina de Olivares, è Isabel Delgado, por averse hallado presentes.

Segundo acto, y tiempo succesiuo que interuino desde entre quatro, y cinco de la mañana, hasta el del otorgamiento de el poder.

686 POr ser indubitada la mejoria de el señor Conde, y averse reconocido su integra capacidad en la hora, y tiempo ponderado, se la observaron continuada en las horas succesivas, no solo muchos de los testigos expressados, sino es otro mayor numero, segun que lo ofrecian las ocurrencias de este dia para experimentarlo, como lo hizieron, deponiendo de lo que se obrò por esta causa, y se acredita por las deposiciones que irèmos refiriendo.

687 Por la de el Doctor Lazaro de la Fuente, *Memorial. num.* 1100. ibi: *Sabe que el Miercoles, que se contaron 19 de Iulio de 645. por la mañana, como entre seis, y siete, entrò el testigo à visitar al señor Conde-Duque, y saber como le auia ido, y le tomò el pulso, y tenia tan poca calentura, que era dificultoso el conocer la tuuiesse, y le hallò tan en su juizio como si no huuiera tenido enfermedad, ni delirio y el testigo estuuo alli assistiendole, y mas de quatro horas, desde la que lleua dicho, le viò muy cabal de su talento, hablando con el testigo, y con los Capellanes, y Artus, y Iuan Vicente, Ayudas de Camara, y otros de quienes no se acuerda, respondiendo à todo lo que se le dezia muy à proposito, sin ver que discrepasse de la razon en palabra, ni accion alguna, y de las palabras que passaron con el testigo, y con las demàs personas, no pudo conocer, ni colegir que dexasse de estar muy en su juizio,* y propone la causa por la qual no pudo hallarse presente en el tiempo anterior. Et in num. 1211. ibi: *Que por ser cierto lo que lleua dicho antes de aora, y auerse reconocido el dia Miercoles 19. de Iulio el señor Conde en su entera capacidad, y sano juizio, y entendimiento, el Padre Ripalda, y el Doctor Maroja se conformaron todos en que estaua en su sano*

jui-

juizio, y entendimiento, resolviendo que testasse, confessasse, y recibiesse el Viatico.

688 Por la de Artus de Roy, *Mem.num.* 1102. assimismo consta de la integra capacidad de el señor Conde a la hora de las siete de la mañana, ibi: *Y se hallò con entero entendimiento el Miercoles por la mañana, como à las siete de ella.*

689 Por la de Domingo de Miera Cevallos, *Mem.num.* 1104. lo mismo por lo que toca a las seis de la mañana, ibi: *Que el Miercoles que contiene la pregunta, el señor Conde-Duque se hallò à su parecer de el testigo en su entero juizio, y entendimiento à cosa de las seis de la mañana, porque à este tiempo hablò con el testigo, y sus compañeros, llamando à cada uno por su nombre.*

690 Don Bartolomè del Castillo, Secretario de el señor Conde, por lo respectivo à las siete de la mañana, *Mem.num.* 1114. ibi: *Que el Miercoles 19. de Iulio de el año de 45. entrò el testigo en el aposento de el señor Conde por la mañana, como à las siete de ella, poco mas, ò menos, y le hallò hablando con la señora Condesa su muger con grande quietud, y entero juizio, porque todas las palabras que dezia eran concertadas, y hablaron de su mejoria, y al llegar el testigo le dixo: Què ay Secretario, que era el mismo estilo con que solía hablarle, y èl le respondiò: Señor, estar alegre de la mejoria de V. Exc. &c.*

691 Por la de Doña Geronima de Mendoça, *Memorial num.* 1180. ibi: *Que el Doctor Medina fue à llamar à la señora Condesa, porque la testigo, y demàs criadas estauan mirando por las cortinas de la cama, y no hablauan con su Exc. aunq̃ algunas vezes las veìa, y reparaua, y no sabe si entonces las viò, y vino luego la señora Condesa; y auiendo venido, y preguntandole al señor Conde como estaua, le dixo, que bueno, y le ordenò q̃ luego hiziesse llamar al Padre Ripalda, su Confessor, para confessarse, y a vn Escriuano para disponer sus cosas.* Et Memor. num. 1225. ibi: *Que por ser cierto lo que lleua dicho en las preguntas antecedentes, y estar el dicho señor Conde el dia Miercoles por la mañana en su sano juizio, y entera capacidad, por las razones que quedan dichas, auiendose juntado en el aposento de el dicho señor Conde el Padre Ripalda, y los Doctores Mareja, y Lazaro de la Fuente, y Medina, todos quatro se apartaron: no tiene noticia la testigo si fue en el aposento, ò en la pieça cerca de èl, mas de que luego boluieron à acercarse à la cama, y el Padre Ripalda puso la rodilla en el suelo delante de la cama, y dixo, como lo podian oìr todos los que estauan en el aposento, como todos los Medicos auian ordenado que su Exc. se confessasse, y recibiesse el Santissimo por Viatico, y hiziesse, y otorgasse su testamento, pues Dios le auia querido dar tan cabal entendimiento.*

692 Doña Catalina de Olivares, *num.* 1186. ibi: *Que luego que entrò la señora Condesa, auiendo preguntado à su marido como estaua, le dixo que hiziesse llamar al Padre Ripalda para confessarse.* Et Memor. num. 1227.

1227. ibi: *Que el Padre Ripalda, y los Doctores Maroja, Medina, y Lazaro de la Fuente entraron en el aposento de el señor Conde-Duque, como à las siete de la mañana, poco mas, y que no les viò hazer conferencias mas de que entrauan, y salian, y el Padre Ripalda dixo en el dicho aposento como todos los Medicos, por hallar al señor Conde en su sano entendimiento, auiã acordado que dispusiesse sus cosas, y recibiesse el Santissimo por Viatico.*

693 Pedro de Hamaña, *Mem. num.* 1190. contesta en aver oìdo hablar à la señora Condesa con el señor Conde.

694 Ana Gomez, *num.* 1192. refiere el passage de la señora Condesa al quarto de el señor Conde, aviendose vestido apriessa para ello con la noticia que le dieron de la mejoria de dicha mañana, y como la siguiò el testigo con Doña Geronima de Mendoça, y Doña Catalina de Olivares, y otras criadas, y contesta en que aviendo entrado en el aposento *le dixo el señor Conde à su muger que hiziesse llamar al Padre Ripalda, su Confessor, para que confessasse, y à vn Escriuano.*

695 Lo mismo Don Diego de Llamazares, *Mem. num.* 1198. *Y como la señora Condesa se sentò en vna silla junto à la cabecera de su marido al lado derecho, y el señor Conde le tomò la mano derecha, y se la besò, y le dixo: Bendita sea la misericordia de Dios, que gran dia me ha dado, hagame llamar, mi señora, al Padre Ripalda para confessarme, y à vn Escriuano para otorgar la disposicion que he de hazer conforme sabe mi señora.* Et Mem. num. 1230. ibi: *Como despues de las seis de la mañana entraron el Padre Ripalda, y los Doctores Maroja, Medina, y Lazaro de la Fuente en el aposento de el señor Conde, y estuuieron hablando con èl, y el Padre Ripalda en entrando le dixo: Buenos dias tenga V. Exc. y le respondiò: Buenos los tenga V. Paternidad, que à mi me le ha dado Dios oy el mas feliz de mi vida; y el Doctor Maroja le preguntò, que como estaua, y hablò con èl de vna Canongia de Valladolid, y con los Doctores Lazaro de la Fuente, y el Doctor Medina hablò assimismo, y al Doctor Medina que estaria muy trabajado. Y dize otras muchas razones, y concuerda en la junta de los Medicos, y resolucion de que dispusiesse sus cosas, confessasse, y recibiesse el Viatico, por estar en su entero juizio.*

696 Andrès Dualde, *Mem. num.* 1219. ibi: *Y auiendo entrado en el dormitorio de el señor Conde-Duque le hallò muy quieto hablando à los Doctores Lazaro de la Fuente, y Maroja; los quales, y el Doctor Medina, que vino luego, y el Padre Ripalda, se apartaron à vn lado de el aposento, y estuuieron hablando poco tiempo, y despues se apartaron, y el Padre Ripalda dixo que se llamasse à vn Escriuano, y que se confessasse, y recibiesse el Viatico.*

697 Domingo de Miera Cevallos, *Mem. num.* 1221. ibi: *Por hallarse el señor Conde-Duque en la forma que lleua dicho en las preguntas antecedentes quieto, y en juizio, à lo que conociò el testigo, auiendo venido el Padre Ripalda, y los tres Medicos, que fueron Medina, Maroja, y Lazaro*

ro de la Fuente por hallarse en esta forma, despues de auer hablado con èl, el Padre Ripalda, y los dichos Medicos se apartaron à la pieça de à fuera con el dicho Padre Ripalda, y despues de auer hecho conferencia boluieron al aposento, y ordenaron se confessasse, y recibiesse el Santissimo por Viatico, y ordenasse su testamento; y esto lo oyò el testigo al dicho Padre Ripalda estando con los dichos Medicos juntos, y que no se dilatasse, porque su Excelencia estaua en su sano juizio, y entendimiento.

698 Francisco Vallejo, *Mem.num.* 1223. ibi: *Que sabe què el Miercoles 19. de Iulio quando lleua dicho, entrò el testigo en el dormitorio de el señor Conde como à las siete, poco mas, ò menos, le hallò muy quieto, y en su sano juizio, y entendimiento, segun le pareciò à el testigo, y lo entendiò, porque le viò hablar con Diego de Llamazares, y con D. Nicolàs de Ontañon, y con Don Diego de Araque con concierto como quando estaua bueno.*

699 Simon Rodriguez de Vbierna, *Mem. num.* 1232. ibi: *Viò como entre cinco, y seis de la mañana, à su parecer, el dicho dia Miercoles en el dormitorio del señor Conde-Duque al Padre Ripalda, y à los Doctores Fuente, y Medina hablando con su Exc. hallandose alli Artus de Roy, Iuan Vicente, Don Nicolàs de Ontañon, y D. Diego de Llamazares, y otros muchos, de quien no se acuerda; y el dicho Padre Ripalda, y los Medicos se apartaron à vn lado en el dicho aposento, y estuuieron hablando entre si, y no sabe lo que dezian, mas de que luego dixeron que se saliessen todos fuera que se queria confessar su Excelencia, y se quedò solo con el dicho Padre Ripalda.*

700 Y de oìdas, assi al Padre Ripalda, como à otros muchos testigos; sobre la integridad de el juizio de el señor Conde, junta que hizieron los Medicos, y resolucion de que testasse, confessasse, y recibiesse el Viatico, lo deponen otros muchos testigos debaxo de la septima pregunta de tenuta, septima de propriedad, y septima en la instancia de el Consejo, *Memorial fol.* 347. *B.*

Tercero acto de el otorgamiento de el poder, que es el mas substancial de este pleyto.

701 Mucho mas copiosa es la probança sobre la integridad de juizio de el señor Conde en este acto, concluyendola Bernardino de Benavides, ante quien se otorgò el poder, los testigos instrumentales que intervinieron en su otorgamiento, y otros muchos testigos, expressando exuberantissimas razones sobre lo que deponen, acreditando este assumpto, como se reconocerà por su contexto.

702 Por la de Bernardino de Benavides, examinado en la informacion que se hizo en la Ciudad de Toro, *Memor.num.* 1306. ibi: *Y llegando al aposento donde el señor Conde tenia la cama, le llamò, y abraçò dos vezes, diziendo, V. m. sea bien venido, y incontinenti otorgò el poder que en*

el pedimento se menciona, con muy buena disposicion, y semblante alegre, estando à todo en su juizio, y entendimiento natural. Y examinado en tenota, *Memor.num* 1307. ibi: *Que el dia 19. de Iulio de el año de 45. que fue Miercoles, el testigo hallandose en su cama à las seis de la mañana, poco mas, ò menos, llegò à su casa Artus de Roy, moço de Camara de el señor Conde, y dixo al testigo que se leuantasse, y fuesse en casa de su Exc. que queria otorgar testamento, ò poder para ello, porque auia sido Dios seruido de que se hallasse con disposicion para poder hazerlo, y el testigo se leuantò, y fue en su compañia; y auiendo entrado en la pieça donde tenia la cama el señor Conde, llegandose cerca de ella, le dixo su Exc. Sea V. m. muy bien venido, abraceme; y el testigo con la reuerencia deuida llegò à recibir semejante honra, en continuacion de otras muchas que su Exc. le hizo, como fue assistir à las casas de el testigo à vnas fiestas de Toros que huuo en la dicha Ciudad, y hallarse à vn festejo que tuuo en vna huerta suya, acompañado de la señora Condesa, y sus hijos, y auerle encargado el agassajo, y regalo de los que fueron à visitarle en nombre de la Vniuersidad de Salamanca, y otras muchas cosas, que son muy notorias; y passada la dicha funcion el testigo le dixo, que què mandaua su Exc. en su seruicio, que si queria hazer testamento; y respondiò el señor Conde, que estaua cansado, y no podia, que queria otorgar poder para que lo hiziesse en su nombre la señora Condesa su muger, segun, y en la forma que con su Exc. lo tenia comunicado. y el testigo viendo lo susodicho, fue haziendole las preguntas ordinarias, que fueron en esta forma: Lo primero le preguntò, que à quien se seruia de dar el dicho poder para testar, y respondiò: A mi muger; y luego le dixo el testigo: Señor, despues de los muy largos dias de V. Exc. si Dios hiziere otra cosa, donde quiere enterrarse; y respondiò: En Loeches; y continuadamente le preguntò que testamentamentarios queria nombrar para la execucion de el testamento que dispusiesse la señora Condesa, en virtud de el dicho poder, y fue nombrando à algunos, como à la dicha señora Condesa, al señor Condestable de Castilla, al Padre Ripalda, y al señor Ioseph Gonçalez, y otros que refiere el dicho poder; y llegando entre ellos à dezir que nombraua al Cardenal su señor, le replicò el testigo, què Cardenal? y respondiò el señor Conde: Al Cardenal de Borja mi señor. Y acabado lo susodicho, y buelto à preguntar à quien queria dexar por heredero, dixo el señor Conde: A mi muger, repitiendolo dos vezes; con lo qual se refirierõ delante de los testigos instrumentales, que se hallaron en la ocasion presentes, y otras muchas personas las razones dichas. Y preguntando el testigo à dicho señor Conde, que si lo otorgaua assi? respondiò: Si, señor, assi lo otorgo; y en el discurso de este acto refiriò algunas vezes el señor Conde. O Prouidencia Diuina! gran dia es este; y el testigo puso la rodilla en tierra, y llegò vn papel à su Exc. para ver si podia firmar, y para ello le pidiò la pluma à Don Bartolomè de el Castillo, su Secretario, y auiendola tomado hizo diligencia para firmar, y no pudo hazerlo, solo formò vn principio de vna Y: cifraua que acostumbra-*

braua en su firma; y viendo que era mal formada, le dixo el testigo, hallandole afligido de que no podia firmar, no le dè cuidado à V. Exc. que no importa, que para mi basta auer otorgado V. Exc. el poder: y es cierto que tenia el braço derecho apretado con la venda que le auian puesto para la sangria, y estaua cargado sobre èl; y por ser tan gruesso, y circunstancia dicha, le parece fue la causa de no poder firmar, y el testigo se llegò à los que lo auian sido de el dicho poder, que estauan presentes, para que firmassen como tales, y estando firmando, algunos de ellos dixeron que boluiesse à hazer instancia para que firmasse dicho señor Conde; y el testigo respondiò, que respecto de lo que auia passado era escusado hazer qualquiera diligencia, demàs de que el testigo sabia lo que auia de hazer en su oficio, y el dicho señor Conde entonces dixo: A buen seguro; ò què bien que lo entiende, y el testigo se saliò immediatamente à la segunda pieça. Y continùa en la deposicion con lo que despues se dirà para otro efecto para el acto siguiente, concluyendo en este numero, ibi: *A todo lo qual se hallaron muchas personas de dicha casa, y à entrambos actos, y circunstancias que lleua referidas, y siempre viò, y reconociò el testigo que dicho señor Conde estaua en su entero juizio, y conocimiento, segun, y en la forma que lo hazia quando estaua con entera salud, sin auer entendido, visto, ni imaginado cosa en contrario.* Y en el num. 1308. ibi: *Y respondiendo à esta octaua pregunta dize lo que dicho tiene en las preguntas antecedentes, y que los contenidos en la pregunta fueron testigos de el dicho poder, que se otorgò para testar por el dicho señor Conde, como lleua referido, à que se remite; y es cierto que quando nombrò al señor Don Luis de Haro por su testamentario, fue con la demonstracion, y nombre de mi sobrino, y al señor Duque de Medina de las Torres de hijo.* Y examinado en el juizio de propriedad, *num.* 1309. ibi: *Que el dia que refiere la pregunta se otorgò ante el testigo el poder que en ella se menciona por el señor Conde de Oliuares, estando, como estuuo, à su otorgamiento en su juizio, y entendimiento natural.* Absolviendo con exuberante satisfaccion las repreguntas que se le hizieron, que por pertenecer al discurso sobre el testamento *ad interrogationem*, y sospechas de falsedad que por los señores Marqueses se han ponderado, lo escusamos en este discurso.

703 El Doctor Lazaro de la Fuente, testigo instrumental de el poder, examinado en la informacion hecha en Toro, *Memor. num.* 1297. y en el juizio de tenuta, *num.* 1298. concluyendo la sana mente de el señor Conde en el tiempo de este acto, contesta en todo lo depuesto por Bernardino de Benavides, preguntas que este hizo, respuestas que diò el señor Conde, señalamiento de el entierro de Loeches, nombramiento de heredera, y testamentaria en la señora Condesa, y de las circunstancias de auer explicado al señor Duque de Medina de las Torres, con la qualidad *de mi hijo*, y al señor Don Luis de Haro con la *de mi sobrino*, y añadido à la duda de el nombramiento de el Cardenal, *el de Borja mi señor.*

704 Don Diego de Araque, Presbytero, Capellan de el señor Conde,

de, otro de los testigos instrumentales de el poder; examinado en la informacion de Toro, *Mem. num.* 1283. y en el juizio de tenuta, *num.* 1284. y ratificado en el de la propriedad, *num.* 1285. depone assimismo de la integra capacidad de el señor Conde en este acto, y conviene en todo lo depuesto por Bernardino de Benavides, y el Doctor Lazaro de la Fuente, y circunstancias que quedan advertidas, añadiendo este testigo, que aviendo entrado en el aposento, y hecho la reverencia devida *baxò el señor Conde la cabeça vn poco de la almohada, como en señal de conocerle.*

705 El Licenciado Pedro Martinez, Capellan de el Marquès de Mayrena, que fue otro de los testigos de el poder, examinado en la informacion hecha en Toro, *Mem. num.* 1258. concluye la integra capacidad de el señor Conde en el tiempo de su otorgamiento; y aunque en el juizio de tenuta no se ratificò por ausente en Indias, le abonò por el señor Duque de Medina; y aviendose pedido en el de propriedad termino vltramarino para examinar, y ratificar este, y otros testigos, se diò por ratificado por el señor Marquès, *Mem. num.* 1260.

706 Don Luis del Alcaçar, Cavallero del Orden de Santiago, assimismo testigo instrumental de el poder, examinado en la sumaria hecha en Toro, *Mem. num.* 1261. depone como el señor Conde en el tiempo deste acto estuvo en su entero juizio, y entendimiento natural, diziẽdo palabras, y razones por dõde se le conociò; y aunque este testigo, ni en el juizio de tenuta, ni en el de propriedad està ratificado, procediò esto por aver fallecido; pero se halla abonado por los señores Duques; y el no aver depuesto el Licenciado Pedro Martinez, y este testigo con toda la extensiõ que lo hizieron los tres primeros, es, por aver sido examinados al tenor sucinto de el pedimento presentado en Toro, y no por el interrogatorio que despues se hizo, con la comprehension especifica de las palabras que profiriò el señor Conde en este acto: circunstancias que intervinieron limitandose por esta causa en la generalidad de aver referido el conocimiento de la sana mente de el señor Conde por las palabras, y razones que dixo, sin expressarlas con otra distincion.

707 Pero no pueden padecer duda, ni oposicion alguna, no solo por lo que de los tres primeros testigos hemos reconocido, sino es por que en la mayor parte de ellas concuerda el Doctor Maroja, como lo dexamos ponderado *supr. num.* 660. sin embargo de que su temerario arbitrio las concibiò por insuficientes para la integridad de el juizio de el señor Conde; con que no deviendose diferir à lo que opinò su discurso, como fundamos en el formado sobre su deposicion, sino es à lo que expressò aver oìdo, y advertido, y en que cõtesta con los demàs testigos instrumentales, podemos afirmar con toda confiança, que demàs del Escrivano los cinco que intervinieron en el otorgamiento de el poder, concordemente han recõnocido la verdad de lo que passò, y discernido por ello legitimamente la certidumbre de la sana mente de el señor Conde, que concluyeron en sus deposiciones.

Y

708 Y aunque no avia necessidad de passar à otra comprobacion, sin embargo la comunican exuberante otros muchos testigos con lo que han expressado, y depuesto.

709 Don Bartolomè del Castillo, Secretario de el señor Conde, examinado en la sumaria de Toro, en tenuta, y propriedad, *Mem. num.* 1262. 1263. 1264. depone de las mismas palabras, y razones con que el señor Conde expressò su voluntad, dandola el testigo de que lo sabe, por averse hallado presente al otorgamiento del poder, y contribuido con la pluma para que el señor Conde firmasse, aunque no lo pudo hazer, concluyendo por todo lo que dexa referido en su deposicion, *que el señor Conde estaua en su sano juizio, y entendimiento.*

710 Simon Rodriguez de Vbierna, examinado en la sumaria de Toro en el juizio de tenuta, y en el de propriedad, *Mem. num.* 1268. 1269. y 1270. Don Diego de Llamazares, *num.* 1271. 1272. *y* 1273. Don Nicolàs de Ontañon Enriquez, de el Abito de Santiago, *num.* 1274. 1275. *y* 1276. Domingo de Miera Cevallos, *num.* 1376. *y* 1397. Iuan de Arbiza, *num.* 1419. Ana Gomez, *num.* 1310. 1311. *y* 1312. Doña Geronima de Mendoça, *num.* 1318. & *num.* 1317. Isabel Delgado, *num.* 1319. 1320. *y* 1321. Iuan Vicente en la sumaria hecha en Toro; *num.* 1257. no aviendose examinado en tenuta, ni en propriedad, por aver fallecido, como se propone *num.* 1258. Doña Catalina de Olivares, *n.* 1322. 1323. *y* 1324. Felipe de Alvarado, *n.* 1325. *y* 1316. Andrès Dualde, *num.* 1331. *y* 1332. Don Ioseph de Isunça, *num.* 1287. & 1288. convienen en lo que expressaron los testigos instrumentales, y capacidad de el señor Conde, sin que difieran en palabra substancial, deponiendo todos de vista, y averse hallado en el aposento, y dormitorio de el señor Conde al tiempo de el otorgamiento de el poder, y ocurrido à este acto.

711 Y son pertenecientes à la comprobacion de esto mismo, aunque no intervinieron en ello, por lo que contienen de su grande immediació, y vecindad las deposiciones de otros muchos testigos, assi de vista de el señor Conde, como de oidas à los que assistieron à este acto, como son

712 La de Don Pedro de Arce, examinado en la sumaria de Toro, dandose por ratificado por el señor Marquès, por hallarse en las Indias, *Memor. num.* 1280. ibi: *Que antes, y despues de averse otorgado el poder mencionado en el dicho pedimento, saliò de el aposento de el señor Conde-Duque, y hablò con su Exc. estando con muy buen juizio, y entendimiento natural, segun se dexa entender, porque à todo lo que se hablaua, y trataua daua muy buena razon.*

713 La de Francisco Maquirian, *num.* 1294. & 1295. ibi: *Que aunque no estuuo presente al tiempo que se otorgò el poder contenido en èl, se hallò antes en el aposento de su Exc. y al tiempo que recibiò el Viatico, y despues de auerlo recibido, y en todas ocasiones el señor Conde-Duque estuuo con el buen discurso, y razon en su sano juizio, y entendimiento natural,*

 por

por cuya causa tiene por sin duda, y porque fue todo en muy breue rato, que quando otorgò el poder estaua de la misma suerte.

714 Las de Pedro de Humaña, *num.* 1343. 1344. 1345. Francisco de Guardia, *num.* 1327. 1328. 1329. Agustin de Vargas, *num.* 1337. 1338. 1339. Pedro Perez, *num.* 1349. 1350. El Padre Fr. Bartolomè Martinez, Religioso de Santo Domingo, Lector de Theologia, *numer.* 1370. 1371. 1372. El Padre Fray Pedro Rodriguez, de la Orden de Santo Domingo, *num.* 1389. 1390. Don Iuan de Ledesma y Robles, *num.* 1420. Don Iuan de Zubiauri, *numer.* 1387. 1388. Iuan Fernandez de San Iusto, *num.* 1360. 1361. 1362. Fray Iuan de Iesus Maria, *num.* 1351. 1352. Fray Francisco de Isunça, *num.* 1354. 1355. 1356. Iuan de Vargas, *num.* 1346. 1347. 1348. Don Francisco de Aguilar, *num.* 1357. 1358. 1359. Fray Iuan de Santo Thomàs, *num.* 1363. 1364. Fray Iuan Bautista Valda, *num.* 1367. 1368. Alonso Gil, *num.* 1393. 1394. 1395. Doña Iuana de Velasco, *num.* 1385. 1386. Sebastian de Flores, *num.* 1340. 1341. 1342. Simon Santos, *num.* 1411. 1412.

Quarto acto, de la donacion, y nombramiento que el señor Conde hizo en fauor de Iuan Vicente el moço, hijo de Iuan Vicente, moço de Camara de vna tabla franca de las Carnecerias de esta Corte, para que gozasse por su vida los aprouechamientos tocantes à ella.

715 Consta por testimonio de Bernardino de Benavides, *de quo Memor. num.* 1445. como el señor Conde otorgò ante èl en el mismo dia Miercoles 19. de Iulio esta donacion, ò nombramiento à favor de Iuan Vicente.

716 Y no solo se pondera este acto para la calificacion de la integridad de el juizio de el señor Conde, sino es las circunstancias con que se obrò, y respuesta de el señor Conde, conviniendo en èl, pues immediatamente al otorgamiento de el poder para testar, Iuan Vicente hincando la rodilla en el suelo suplicò al señor Conde le hiziesse la merced referida para vn hijo; à que respondiò, *que fuera ingrato Cauallero si no lo hiziera, porque lo merecia, y le auia seruido muy bien*; y assi se passò à otorgar este instrumento, en cuya execucion Iuan Vicente gozò esta merced, como todo lo referido lo deponen con semejante expressión Don Bernardo Ramirez, *Memor. num.* 1265. *y* 1446. Don Nicolàs de Ontañon, *num.* 1274. *y* 1448. Artus de Roy, *num.* 1450. El Doctor Lazaro de la Fuente, *num.* 1452. Andrès Dualde, *num.* 1454. Domingo de Miera, *num.* 1456. Doña Geronima de Mendoça, *num.* 1458. Doña Catalina de Olivares, *num.* 1460. Don Diego de Llamazares, *num.* 1271. *y* 1462. Bernardino de Benavides, *num.* 1306. *y* 1307. Iuan de Arbiza, *num.* 1466.

Iuan

Iuan Vicente, *num.* 1257. Licenciado Pedro Martinez, *num.* 1258. Don Luis del Alcaçar, *num.* 1261. Simon Rodriguez, *num.* 1268. Don Diego de Araque, *num.* 1284. Don Ioseph de Iśunça, *num.* 1286. y de oìdas Simon de Santos, *num.* 1411. Don Alonſo de Mella, *num.* 1378. Fr. Miguel de Santa Maria, *num.* 1421. Don Chriſtoval de Ontañon, *num.* 1468. la Madre Mariana de San Felipe, *num.* 1469. la Madre Mariana de San Benito, *num.* 1470. la Madre Maria Manuela de San Carlos, *num.* 1471. y la Madre Catalina de la Paſsion, *num.* 1472.

Quinto acto ſobre la confeſsion en el referido dia Miercoles.

717 Eſte acto le concluyen copioſo numero de teſtigos, aviendo viſto entrar al Padre Ripalda deſpojar el dormitorio, y apoſento de el ſeñor Conde para èl con el eſpacio de tiempo que ſe detuvo, y tardò en ſalir el Padre Ripalda, publicando averſe confeſſado muy à ſu ſatisfaccion, y caſi generalmente.

718 Los quales quedan referidos con las preguntas, y numeros del Memorial adonde correſponden ſus depoſiciones en los de eſte informe 319. y 320. donde nos remitimos, de manera que por ellas queda indubitado, y ſin controverſia eſte acto, y la integridad, y ſatisfaccion que publicò el Padre Ripalda de ſu cumplimiento.

Sexto acto de el Viatico.

719 De eſte acto no ay inferior comprobacion que de los referidos, y de las circunſtancias que intervinieron en èl por credito de la integridad de el juizio de el ſeñor Conde, como de la ſuma reverencia con que ſe huvo en èl, con edificacion de los circunſtantes, y publico teſtimonio de ſus muchas obligaciones practicadas en las de ſu devocion chriſtiana, como lo iràn perſuadiendo los teſtigos.

720 El Licenciado Tomas de Manſilla, Cura de la Parrochial de la Santiſsima Trinidad de la Ciudad de Toro, teſtigo mayor de toda excepcion, y Miniſtro principal de eſte acto, por averle adminiſtrado, examinado en el juizio de tenuta, *Memor. num.* 1549. dize, ibi: *Y llegando à las caſas de la morada de el ſeñor Conde, ſubiò à la ſala donde le hallò incorporado en la cama, enjuagandoſe en vna vacia, que tenia Simon Rodriguez, y à la cabecera de la cama eſtaua de rodillas el Padre Ripalda, y à los pies el Padre Prior del Carmen, cuyo nombre no ſe acuerda, y poniendo el teſtigo el Santiſsimo Sacramento ſobre el Altar, que para eſte miniſterio eſtaua apercibido, ſe boluiò el teſtigo al ſeñor Conde, y hizo el aſperſorio que ordena el Manual, y luego le dixo al ſeñor Conde: Diga V. Exc. la Confeſsion; y queriendole ayudar el teſtigo, como lo acoſtumbra à los demàs enfermos, le reſpondiò: Dexeme V. m. dezirla ſolo por mi conſuelo; y el teſti-*

ti-

tigo lo hizo, atendiendo à que la dixo en Latin con mucha elegancia sin solecismo alguno, y abriendo el Manual el testigo le començò à hazer las preguntas que manda hazer à los enfermos, y à todas ellas iba respondiendo: Si creo, respondiendo muy à tiempo, y con mucho concierto, y despues llegò el testigo à la cama, le diò à adorar vna Cruz de plata que lleuaua, y el señor Conde le adorò con mucha deuociõ, despues el testigo sacò el Santissimo Sacramento de el Relicario, y teniendole en la mano à su Diuina Magestad, le boluiò à hazer otras preguntas, que ordena el Manual se hagan tocantes à la institucion de el Santissimo Sacramento, y tambien respondiò: Si creo, y si perdono, y si pido à las preguntas que el testigo le hazia, que corresponden à estas palabras, todo muy à tiempo, y concertadamente; y luego dandose en los pechos con mucha deuocion, y dolor, que mostraua en la postura, y compuncion del rostro, recibiò el Santissimo Sacramento con mucha deuocion, de manera que à las palabras, y acciones que el testigo viò, y oyò al señor Conde, por ser dichas, y hechas tan à tiempo, y con tanto concierto, conociò el testigo era verdad lo que los criados de su Exc. le auian dicho en la Iglesia cerca de tener el señor Conde cumplido entendimiento; y assi lo conociò entonces el testigo; y despues acà lo ha entendido, sin auer tenido el menor escrupulo de lo contrario, y luego el testigo boluiò à tomar el Relicario en que estaua el Santissimo Sacramento, y llegandose al señor Conde le dixo: Dè V. Exc. muchas gracias à Nuestro Señor por la merced que le ha hecho de visitarle en su casa, y espere de su mano la salud, si le conuiene. A que respondiò el señor Conde: Si doy por cierto; y por quanto el testigo conoce que los señores sienten mas el morirse que otros, no quiso tratarle de el Sacramento de la Extremavncion, à que atendiendo el dicho Padre Prior de el Carmen, tirò al testigo por la sobrepelliz, y le dixo con voz baxa: La Extremavncion, y entonces el señor Conde dexando de atender à este testigo, se boluiò al dicho Padre Prior, y le preguntò: Què es esso? Y el testigo le dixo: Señor, de los Sacramentos que ay en la Iglesia para la salud espiritual de las almas ha recibido V. Exc. los quatro, y le falta el quinto, que es el de la Extremavncion, y si V. Exc. tiene necessidad pidale à la Iglesia, à que respondiò el señor Conde: Si pido, que soy Catolico Christiano, y con esto el testigo se despidiò, &c. Y lo mismo dexò dicho, aunque no con tan particular expression, *Mem. num.* 1300.

721 Fr. Iuan de Iesus Maria, examinado en tenuta, *Memorial num.* 1551. ibi: *Que el Miercoles 19. de Iulio se hallò presente el testigo al tiẽpo, y sazon que traxeron por Viatico el Santissimo Sacramento al señor Conde; pero que no sabe por cuya orden se mandò traer, y que hallandose à los pies de la cama de el señor Cõde en esta misma sazõ, como à las nueue de la mañana, poco mas, ò menos, reparò el testigo en las muchas preguntas que le hizo el Cura de la Protestacion de la Fè de aquel sagrado Misterio, à todas las quales respondiò con acierto, y que con el mismo dixo por sì solo con afecto, y deuocion la Confession, y el Credo, haziendo pausa en los puntos,* co-

como pudiera qualquier otro sano, y bueno, que pusiesse cuidado en ajustarse à lo dicho: por todo lo qual, y las circunstancias de quietud, y deuocion que mostrò el dicho señor Conde, que estaua recobrado en su juizio por entonces. El qual se ratificò en el juizio de propriedad, *memor. num.* 1554.

722 Fr. Bartolomè Diaz examinado en tenuta, *num.* 1557. ibi: *Y entrò en el aposento donde estaua el señor Conde, àzia los pies de su cama, à cuya cabecera assistia el Padre Ripalda, y viò que refiriendole el Cura las preguntas de la Protestacion de la Fè, que ordena el Manual Romano, respondia à todas el señor Conde en la forma ordinaria de si creo; y llegando à dezir la Confession, y queriendo el Cura de la Parrochia ayudarsela à dezir al señor Conde, le dixo: Dexeme V.m. por mi consuelo, que yo la dirè, y la dixo en Latin, de suerte que todos la percibieron, y la entendieron: y se acuerda el testigo, que olvidandose el Cura, ò no queriendo, por euitar el desconsuelo del enfermo, de dezirle, y preguntar lo que se acostumbra en tales ocasiones de si pide la Extrema-Vncion, le tirò de la sobrepelliz el Padre Prior de los Carmelitas Descalços, haziendole señas para que hiziesse al enfermo el acuerdo ordinario de la Extrema-Vncion; y à esta saçon el señor Conde reparò, y preguntò, què era aquello? y luego el Cura dixo: Señor, la Extrema-Vncion para en caso de necessidad; y el señor Conde dixo: Si, si, yo la pido. Y tambien tiene memoria el testigo, que al salir del aposento para su Iglesia, quedando el testigo de los vltimos, oyò que el Padre Ripalda dixo al señor Conde: Sabe V.Exc. la obligacion que le corre de dar gracias à su Diuina Magestad por el fauor que le ha hecho de venirle à visitar? Respondiò: Ya sè la obligacion que me corre, y de lo mucho que deuo.* Lo mismo depone *memor. num.* 1370. y en el juizio de propriedad se ratificò, *num.* 1554.

723 Fr. Pedro Rodriguez en los *num.* 1389. *y* 1390. contestando en lo referido, y en el 1553. bolviendo a repetir, ibi: *Que entonces tuuo por cierto, y aora tambien lo tiene, que en aquella ocasion estuuo el señor Conde en su entero y sano juizio, que al parecer del testigo le durò mas de seis horas.*

724 Convienen sobre la integridad del juizio del señor Conde en este acto, aver dicho por si solo la Confession, respuestas consequentes à las preguntas del Parroco, actos de devocion, y contricion, lagrimas que se le reconocieron en èl, gracias que diò à Nuestro Señor por este beneficio, tanto numero de testigos, que fuera sumaprolixidad referir sus deposiciones à la letra, remitiendonos por esto en el memorial à las de Juan Vicente, *num.* 1257. el Licenciado Pedro Martinez, *num.* 1259. D. Bartolomè del Castillo, *num.* 1262. *y* 1543. Don Bernardo Ramirez, *num.* 1265. *y* 1633. Simon Rodriguez de Vbierna, *num.* 1268. Don Diego de Llamazares, *num.* 1271. *& præcipuè num.* 1561. Don Nicolàs de Ontañon, *num.* 1274. 1536. *y* 1635. Artus de Roy, *num.* 1277. *y* 1538. Don Pedro de Arce, *num.* 1280. Don Diego de Araque, *num.* 1283. *y* 1284.

Don Joseph de Isunça, *num.* 1286. *y* 1565. Francisco Vallejo, *num.* 1289. *y* 1563. Agustin de Pamies, *num.* 1292. Doctor Lazaro de la Fuente, *num.* 1297. 1540. *y* 1637. Bernardino de Benavides, *num.* 1306. *y* 1307. Ana Gomez, *num.* 1310. Catalina Perez, *num.* 1313. Catalina Lopez, *num.* 1315. Doña Geronima de Mendoza, *num.* 1316. *y* 1567. Isabel Delgado, *num.* 1319. Doña Catalina de Olivares, *num.* 1322. Fr. Francisco de Isunça, *num.* 1236. *y* 1354. Pedro de Vmaña, *num.* 1343. Felipe de Alvarado, *num.* 1325. Andrès Dualde, *num.* 1331. 1545. *y* 1639. Don Iuan de Guadiana, *num.* 1334. Agustin de Vargas, *num.* 1337. Pedro Perez, *num.* 1349. Don Francisco de Aguilar, *num.* 1357. Iuan Fernandez de San Iusto, *num.* 1360. Fr. Iuan Baptista Valda, *num.* 1367. Geronimo de Montealegre, *num.* 1397. Iuan de Arbiza, *num.* 1419. Domingo de Miera Cevallos, *num.* 1547. Fr. Antonio de Paz, *num.* 1246. 1555. *y* 1643. Don Iuan de Ledesma, *num.* 1590. & 1642. Doña Francisca de Cisneros, *num.* 1591. y otros muchos, que refiere el memorial *à num.* 1569. *vsque ad num.* 1585. Y de oìdas a los referidos, y à otros assimismo sobre la integridad del juizio, y respuestas que se le advirtieron al señor Conde en este acto del Viatico, lo depusieron juntamente otros muchos testigos, como son Angela Sanchez, *num.* 1335. Sebastian Flores, *num.* 1340. Iuan de Vergara, *num.* 1346. Fr. Iuan de Santo Thoma, *num.* 1363. Simon Santos, *num.* 1411. Don Iuan Enriquez de Almansa, Marquès de Alcañizas, *num.* 1413. Don Francisco de Morales, *num.* 1418. Fr. Miguel de Santa Maria, *num.* 1421. Don Christoval de Ontañon, *num.* 1422. la Madre Magdalena de San Ioseph, *num.* 1423. *y* 1594. Fr. Diego de San Ioseph, *num.* 1424. Fr. Iuan de Santa Teresa, *num.* 1425. la Madre Mariana de San Felipe, *num.* 1426 *y* 1595. la Madre Mariana de San Benito, *num.* 1427. *y* 1596. Madre Catalina de la Passion, *num.* 1429. *y* 1598. Licenciado Alonso Salvador, *num.* 1586. Licenciado Manuel de Coca, *num.* 1587. Licenciado Gregorio Sanchez, *num.* 1589. Don Miguel de Vlloa, *num.* 1559. y la Madre Maria Manuela de San Carlos, *num.* 1597.

725 Fue tan indubitada la verdad de lo depuesto por los testigos expressados, que aun empeñado el Doctor Maroja en su mal considerado arbitrio, y temeraria censura sobre la insania del señor Conde, no pudo dexar de reconocer, y confessar lo consequente, y advertido con que procediò en este acto, *memor. num.* 727. ibi: *Y le parece que le pudo ayudar mucho à dezir la Confession, y demàs palabras que dixo en presencia del testigo, sin errarlas la costumbre de dezirlas, y el tener la memoria firme acerca de ellas, aunque conociò el testigo, que el dicho señor Conde-Duque tenia falta de memoria de otras cosas que le preguntauan.* Et inferius, ibi: *Preguntado, què palabras son las que dize dixo dicho señor Conde-Duque con concierto, fuera de la Confession, y el Credo, el dia, y en la ocasion que recibiò el Viatico? Dize, que quando le preguntaua el Sacerdote que administraua el Sacramento, las preguntas ordinarias que se preguntan à los que*

que reciben aquel Sacramento por Viatico, respondia à ellas derechamente en esta forma, quando le preguntauan: Si creia todo lo que cree, y confiessa la Santa Iglesia Catolica Romana? respondia: Si creo; y diziendole: Perdona V. Exc. à sus enemigos? respondia: Si.

726 Si lo referido acredita lo expressado por los testigos de los señores Duques, y deve perjudicar à los señores Marqueses, como depuesto por quien lo es suyo, *vti contra producẽtem, vt fundauimus sup. num.* 530. y si por las operaciones, y razones bien ordenadas consequentes à su tiempo, se discierne la integridad del juizio, como por el contrario su desconcierto por las opuestas, se arguye el furor, y demencia; siendo estos los medios de regular la capacidad agena, *vt fundauimus sup. num.* 661. *quid interest*, que el Doctor Maroja, ni otro qualquiera testigo aya opinado apassionadamente contra la integridad de el del señor Conde, no deviendo diferirse à lo que los testigos expressan juzgando, sino es à lo que deponen, narrando por operaciones, y razones externas, *vt fundauimus sup. num.* 294.

727 Pero el Padre Ripalda no quiso exponerse como el Doctor Maroja à otra igual reconvencion, pues aunque se hallò presente en el acto del Viatico, y à la cabecera del señor Conde, como lo han depuesto todos los testigos, anduvo tan provido su silencio para favorecer la pretension de los señores Marqueses, que no comunicò el consuelo de lo que passò en este acto, callando todo lo que intervino, y que queda referido, procediendo en lo demàs perjudicial tan nimio, que la menor circunstancia que pudiera excogitarse para ello, recibiò gran cuerpo, y bulto en su prolixa, quanto apassionada deposicion. Y si como fundamos *sup. num.* 337. es igualmente reputado por falso el que depone contra la verdad, ò la suprime, y calla, siendo substancial del acto, hagase la devida reflexion que es justo sobre el insidioso silencio con que el Padre Ripalda procediò assimismo en lo referido, por el descredito que influye en todo quanto ha depuesto, y sobre que discurrimos *suprà ex num.* 293.

728 No pudiendo negar los señores Marqueses la integra capacidad, que acredita lo que se experimentò en este acto, y que persuaden el aver dicho el señor Conde el Credo, y la Confession, y respondido con la consequencia que lo hizo à las preguntas del Parroco, y demas operaciones devotas que se le observaron, han procurado turbar los efectos de la integridad del juizio deducido de estas palabras, atribuyendolas potius à la costumbre de exercitarlas, que al conato del discurso en proferirlas: ponderando, que el señor Conde en el tiempo del delirio dezia assimismo Psalmos, y Oraciones, y queriendo autorizar con algunos textos, y autoridades: proposicion, que como agena de verdadero apoyo, tendrà convincente satisfaccion.

729 Lo primero, porque la *l. quod si nolit, §. quia assidua, de ædilit. edict. cap. cum olim, de censib.* y otros textos Canonicos concordantes, y sus

ſus concluſiones, ſólo diſponen, que ſe deve eſtar à la coſtumbre legitimamente preſcripta; lo qual es penitus diverſo, y no inductivo, de que el frenetico, ò delirante en las ocaſiones del accidente prorrumpa en las palabras, ò actos à que eſtava habituado; y aſsi de ello no ſe ha devido deducir ſemejante argumento, ò ilacion, *leg. Papinianus exuli, ff. de minoribus, cum vulgat.*

730 Lo ſegundo, porque tampoco es aplicable el lugar de Paulo Zacch. *lib. 1. quaſt. 6. num. 57.* porque los terminos en que diſcurriò no fueron de furioſo por enfermedad, ſino es de perſonas que padecieron leſion en la razon por las paſsiones naturales del animo, ò depravacion de las coſtumbres, ſiendo el titulo de la queſtion *de rationis læſione ex animi paſsionibus, & ex prauitate morum*, diſcurriendo haſta el *num. 56.* ſobre las de *Amor, ira*, y *temor*, en orden à diſculpar los actos que ſe executan en el tiempo de eſtas paſsiones, por obrados quaſi con demencia; y tratando deſde el *num. 57.* de la leſion por malas coſtumbres, dixo: *Homines in malis moribus habituatos non habere integrum vſum rationis, neque mirum id videtur cum à conſuetudine, quæ vim naturæ habet ratio corrumpatur.* Poniendo el exemplo en los luxurioſos, y los prodigos, à quienes ſe provee de curador à los bienes, dando la razon en el *num. 66.* ibi: *Ex quibus eliciendum iam eſt, quòd ſi quis ſit in aliquo peculiari vitio, ac prauo more habituatus, certi eſſe poſſumus in hoc rationem ceſsitare.*

731 Diſcurriendo aſsimiſmo deſde el *num. 68.* de la pena que les corresponde en los delitos cometidos por los vicioſos de eſta calidad, reſolviendo, que no ſe les deve minorar, porque ninguno es malo ſin voluntad, ſiendo la bondad habito, y origen de la naturaleza, y no la malicia: *Licèt dixerimus in his rationem ex prauitate morum læſam eſſe hoc ne tantillum quidem, debet illos excuſare quo minus delinquentes ſummo cum rigore pœnas dent, ac ſeueriſsimè puniantur; cum nullus niſi ſpontè malus eſt, cum voluntas ſecundum naturam boni fit, præter naturam verò mali, quia bonitas eſt propagata ex habitudine, & origine naturæ, ſed malitia non.* Todo lo qual no es aplicable al intento, ſino es dirigido, y conducido con violencia; antes bien de ello ſe infiere, que pues ſe les impone pena à eſtos delinquentes, que no prepondera tanto el habito para la diſculpa, quanto contribuye el diſcurſo, y la voluntad para concebir por pecaminoſo el exceſſo.

732 Pero tocado eſte punto con mejor Philoſofia, y à que la defenſa de los ſeñores Marqueſes ha dado lugar à ello, no juzgando por impoſſible que los actos acoſtumbrados en el tiempo de la ſanidad, buenos, ò malos, ſe puedan repetir en el tiempo del furor, attamen lo mas conforme à buena phyſica, es, que eſtos no ſe repitan; ſiendo la razon, porque todos los Philoſofos, y Autores Medicos conforman en que en el verdadero delirante, de qualquier eſpecie que ſea, ſe pierden los objetos, y ſe reducen à las potencias internas; ſiendo la queſtion, ſi como eſtos objetos adquiri-

dos

dos en el tiempo de la sana mente se conserven sin vso en las potencias internas, se pueden conservar en los espiritus externos, siendo compatible el delirar.

733 La qual question moviò el doctissimo Padre Miguel *oper. Med. tom. 3. in tract. de natur. delir. & eius causis, cap. 14. num. 1.* ibi: *Inquirit quæstio, an conserventur species obiectorum in eorum absentia in spiritibus, sicut conservantur in potentijs internis.*

734 Y la primera sentencia fue negar que puedan conservarse estàs especies de objetos en los externos, siendo compatibles con el delirio, ibi: *Docent absolutam nunquam in spiritibus recipit negante, simul esse spiritus medium per quod distribuantur species.* Luego segun esta sentencia, en el verdadero delirante no se puede dar vso de las especies de los objetos adquiridos, pues lo niegan en los espiritus externos; y que estos sean capaces para distribuirlas.

735 La segunda fue, que se conservan estas especies de objetos en los espiritus externos, quedando con ella P. Miguel, ibi: *Sed sententia nostra est, speciei obiectorum conservari verè in spiritibus, vt conservatur in potentijs internis*; y con esta sentencia asimismo conseguimos lo necessario para nuestro intento: porque si se conserva la causa del delirio, se confunden las especies de los objetos conservados en los espiritus externos, y se impide la operacion rectamente de ellos, *sic* P. Miguel, ibi: *Ratio est, quia ex motione tumultuosa spirituum, potest impediri productio influxus requisiti ad rectum discursum, & inde in delirium incidere.*

736 De forma, que por qualquiera de estas sentencias deducimos, que el enfermo delirante no està apto para repetir y executar los actos, ò objetos adquiridos con la costumbre en el tiempo de la integridad del juizio; antes si, si son buenos, y adquiridos con la razon, està mas proporcionado para vsar lo contrario: porque como dixo Galen. *lib. 2. de sympt. caus. cap. vltim.* referido, y seguido por P. Miguel *dict. tract. cap. 1.* no es otra cosa el delirio, que vna depravacion de la facultad que rige la razon, ibi: *Iam deliria omnia pravi motus sunt facultatis regentis.*

737 Y como dixo Vega *in Comm. aphor. 5. lib. 3.* son supuestos todos los objetos en el delirante, y se hallan ausentes, ò quitados los verdaderos, ibi: *Delirant ægri imaginationibus quibusdam internis facultatibus sentientibus ablatis, quarum gratia, quæ non sunt esse putantur*; y perdida la razon, està mas prompto para incidir en actos contrarios, como la experiencia lo ha enseñado por aquel que en el tiempo de la sanidad era miserable, convirtiendose con el delirio en prodigo; y el honesto prorrumpiendo en deshonestidades, el blando, en iracundia, ò temeridad, como lo reconociò Gal. *en el lib. 5. de loc. affect. cap. 3.* referido, y seguido de P. Miguel *dict. tract. de nat. delir. cap. 1.* ibi: *Interdum maiori cum tumultu, & temeritate respondent præsertim, vbi aliquis antea fuerit mansuetus.*

738 Y bolviendo con buena fee à confessar, que es possible que el de-

delirante enmedio del delirio repita los actos buenos, ò malos en que ha estado habituado, porque puede encontrar con ellos la fantasia; pero como quiera que executados en el delirio es preciso que sean como producidos de este accidente, y no obrados como verdaderos objetos de la razon, assi es preciso que se descubra por vno de los tres modos que expressaron los Autores, *scilicèt*, por la substancia del acto, diziendo vna cosa falsa: en el tiempo, como si tratandole al delirante de cosas serias, respondiesse con jocosas: en el modo, como si hablandole con suavidad, respondiesse con exasperacion, vt doctè docet P. Miguel *dict. lib. 3. cap. 1.* ibi: *Sunt autem tres modi principalissimi: Primò, quando falsò componi, vt quando Æger dicit se se Regem, vel quando iudicat se esse Deum Secundus modus extra tempus proponit, vt si peccatorum confessionem efficiendo inepte ad iocosa transiret, & si vera diceret. Tertiò, si in modo, vt si rogatus de aliquo ferocius semper, quam per naturam responsum praberet etiam si verissimè diceret*; que es lo mismo que con mas brevedad dixo Galen. *7. Comm. Aphorism. 14. Desipientia quidem agnoscitur loquentibus agentibus, vt nihil consentaneum rationi*; y con infinitos Paul. Zacch. *Medic. legal. tom. 1. tit. 1. quæst. 3. num. 2.* ibi: *Non sanam mentem deprehendere possumus ex factis, & verbis.*

739 Luego si el señor Conde en este acto correspondiò con lo que obrò, y hablò à todo lo que requeria en la substancia, sin dezir vna cosa por otra; y que siendo serio en todo, seriamente se huvo, y sin demonstracion agena de la seriedad, y gravedad del tiempo; y que en el modo de responder, y pronunciar, en lo que pronunciò mantuvo la misma correspondencia, è igualdad, dexò por consequencia indefectible convencidas todas las indicaciones, que pudieran desmentir la integridad de su juizio, acreditandola en este acto por semejantes reglas, y observaciones, como le acreditò en los antecedentes, y como le concluyò por ellas, como buen Medico, en el de las quatro de la mañana el Doctor Medina, *memor. num.* 1097. ibi: *De donde infiere el testigo estava en esta ocasion el dicho señor Conde en su juizio, por no aver visto en su Excelencia señal de depravacion en las potencias superiores, por no averle visto yerro en ellas, ni quoad modum, ni quoad obiectum, ni quoad tempus, que son los tres generos de delirio que la medicina conoce, y los enfermos suelen padecer; y tiene por assentado, y cierto, que por estas razones, y por averle observado las naturales debidas al juizio en esta ocasion, estava el señor Conde en su sano y entero juizio.*

740 Ex quo queda destruida la chimera de prohijar todas las operaciones de este acto à la costumbre, sin la advertencia de las insolitas, y no frequentes circunstancias que intervienen en èl; pues aunque el Credo, y la Confession fuessen Oraciones continuas del señor Conde, las respuestas à las preguntas del Manual, de si creo, y si perdono; y las lagrimas, y demàs demonstraciones, que expressan los testigos, son mas peculiares de aquel

aquel dia que de otros, y no exercitadas, con tal repeticion que puedan concebirle por consuetas.

Septimo, y vltimo acto de lo que passò despues de el Viatico, y en la comida hasta la vna de el dia Miercoles, en que le sobreuino el letargo al señor Conde-Duque.

741 NO solo en los actos, y tiempos referidos permaneciò la integridad de el juizio de el señor Conde, sino es que se continuò despues de aver recibido el Viatico por mucho espacio de tiempo, manifestandolo en lo que obrò, y hablò, assi immediatamente, como en el de la comida, y despues de ella, segun lo deponèn los testigos que se iràn refiriendo.

742 Don Bernardo Ramirez en tenuta, y ratificado en propiedad, *num.* 1633. ibi: *Que auiendo recibido el dia que lleua declarado el Viatico, despues de auerle recibido dixo luego: Muy contento quedo, gran dia es este, Señor, os doy gracias por tan señalado fauor; y si lo repitiò, ò no, no se acuerda, mas de que se lo oyò dezir, y que como à las diez le traxeron la comida, y començò à comer con quietud, y gusto al parecer, aunque comiò muy poco, y los criados que le assistian viendo el ayre con que començò à comer, y la quietud con que estaua, le dauan el parabien de la mejoria, y para ello iban poniendo la rodilla en el suelo, y pidiendole la mano, y à los criados seglares, como fueron Don Nicolàs de Ontañon, y Don Ioseph de Isunça, Pages, y Don Diego de Llamazares, Cauallerizo, y otros de quien no se acuerda, les daua la mano para besarsela, y à los Eclesiasticos, como fueron el testigo, Don Diego de Araque, y Pedro Martinez, aunque se la pidieron, no se la diò, antes les echaua los braços por encima, por cuyas señales el testigo conociò que estaua en su entero juizio, y entendimiento*; con quien conuienen, y contestan Don Nicolàs de Ontañon, *num.* 1635. Doctor Lazaro de la Fuente, *num.* 1637. Don Iuan de Ledesma, *num.* 1642. y de oìdas de lo referido Fr. Antonio de Paz, y otros muchos testigos que refiere el *Memorial à num.* 1643. *vsque ad* 1651.

743 Y siendo lo que passò, y se experimentò con Doña Iuana de Velasco, tan substancial, y ponderable, auiendo entrado al tiempo de la comida, ponemos las palabras que refiere, examinada en tenuta, *Memor. num.* 1662. ibi: *Que auiendo entrado la comida al señor Conde, entrò la testigo, y le preguntò como estaua, y le respondiò, que mucho mejor, y que estaua muy cõtento de las haziendas que auia hecho aquella mañana Miercoles 19. de Iulio; y no queriendo comer de vn plato que le pareciera de gigote de aue, y diziendo que se le quitassen, le dixo la testigo, que por amor de ella se siruiesse de comer otros dos bocados; y le respondiò, què no harè yo por V. Señoria, y los comiò, y dixo à la señora Condesa entonces: Como và de preñado de mi hija, son ciertas las faltas? Y diziendole que si, le dixo que lle-*

lleuasse de alli à la testigo, porque no le hiziesse mal al preñado, con lo qual la retirò.

744 En todo lo qual àsimismo convienen, y contestaron Doña Geronima de Mendoça, *Mem. num.* 1316. *y* 1656. Isabel Delgado, *num.* 1319. Doña Catalina de Olivares, *num.* 1322. *y* 1658. Iuan de Arbiza, *num.* 1641. Don Nicolas de Ontañon, *num.* 1652. Andrès Dualde, *num.* 1654. Ana Gomez, *num.* 1660. Don Diego de Llamazares, *num.* 1664. Simon Rodriguez, *num.* 1666. Don Ioseph de Isunça, *num.* 1669. Fray Antonio de Paz, *num.* 1670. y de oìdas à Doña Iuana de Velasco, y à otras personas de la familia. Doña Francisca de Cisneros, *num.* 1672. la Madre Mariana de San Felipe, *num.* 1673. la Madre Mariana de San Benito, *num.* 1674. la Madre Maria Manuela de San Carlos, *num.* 1675. y la Madre Catalina de la Passion, *num.* 1676.

745 Y como aviendose fenecido la comida el señor Conde se mantuvo con integra capacidad otro diverso espacio de tiempo; manifestandola en todo lo que dixo, y confiriò con los circunstantes que le assistian, juntamente lo depusieron el Doctor Lazaro de la Fuente, *Memor. num.* 1677. Andrès Dualde, *num.* 1679. D. Diego de Llamazares, *num.* 1681. Don Alonso de Mella, *num.* 1683. Domingo de Homorijo, *num.* 1684. Doña Catalina de Olivares, *num.* 1686. Pedro de Humaña, *num.* 1688. Doña Iuana de Velasco, *num.* 1690. Don Iuan de Zubiaure, *num.* 1692. Domingo de Miera, y otros que refiere el Memorial, *num.* 1694. el Licenciado Manual de Coca, *n.* 1695. Doct. Francisco de Medina, *num.* 1696. Fr. Antonio de Paz, *num.* 1697. Iuan de Arbiza, *num.* 1698.

746 Deponiendo, y concluyendo tan copioso numero de testigos desde las quatro de la mañana de el dia Miercoles de el otorgamiento de el poder por la serie de los actos expressados la integra capacidad, y sana mente de el señor Conde, no puede dudarse de su legitima comprobaciō; y siendo, como son, de vista de el mismo acto de el poder los mas de ellos, con superior motivo quando dos bastavan para vencer qualquiera presumpcion de el delirio antecedente, ò posterior, y que se han ponderado por los señores Marqueses, *vt fundauimus supr. num.* 646.

747 No dandose por convencidos los señores Marqueses de la evidente y exuberante comprobacion de la sana mente de el señor Conde; pero no pudiendo negar los medios, y actos que la han indicado, y persuadido como constantes; confessados en la mayor parte por los dos Polos de su defensa, y especialmente por el de el Doctor Maroja, han recurrido à suponer que el alivio, sossiego, quietud, y mejoria en que se executarō fue infido, quedando celada, y oculta; sin embargo de las apariencias contrarias, la calidad de la enfermedad decantada, y porfiada, *videlicèt phrenetis*, infiriendolo *à posteriori* en que el señor Conde, no obstante aquella mejoria, vino à fallecer el Sabado siguiente, proponiendo que si el quarto dia de la enfermedad huviera sido bueno, y no falaz el alivio que se experimen-

mentò en èl, de necessidad lo avia de ser el septimo; ponderando para esto el lugar de Galen. 3. *de morb. vulg. comm.* 3. *Ægroto* 4. *&* 1. *Prorrhit. comm.* 1. y de Hipocrates 2. *aphorism.* 24.

748 Todo el aparato con que se ha querido vestir esta presumpcion esta desvanecido con la incertidumbre de los supuestos que se forman para ella, pues *ex dictis sup. ex num.* 551. queda comprobado que no fue phrenetis la enfermedad que padeciò el señor Conde, sino es paraphrenetis, y que se convirtiò vltimamente en apoplegia, y letargo omnimodamente opuesta, en cuyo medio tiempo, y transmutacion para ello pudo lograr, como consiguiò, la templança, y disposicion para restituirse à la integridad de el juizio.

749 *Vlterius*, porque quedando en terminos de presumpcion estava superada con la relevante justificacion positiva que han hecho los señores Duques de la sana mente de el señor Conde en el referido dia Miercoles con actos que denotaron la omnimoda restitucion de su juizio, *vt fundavimus sup. num.* 646.

750 *Tum etiam* para que se reconozca que lo ponderado està destituido de fundamento solido, y que quando intervienen evidencias, se deven despreciar las indicaciones favorables que se han mendicado, y en cõprobacion de serlo las propuestas, oygamos à Hipocrates, y al mismo Galeno su Comentador *lib.* 3. *de morb. vulg. comm.* 3. que es el enfermo 3. pues dize, que el primero dia *victus ratione cœpit rigor, & febris acuta, lingua inaruit sitibundus erat biliosus non dormiebat, & quartò mane quievit ad meridiem omnia irrita sunt septimo die fastidiosus implacidior erat.* De que se manifiesta, que no es preciso que el que experimenta bueno el quarto dia lo tenga tambien el septimo, y en este enfermo que refiere Hipocrates, y Galeno, aviendo tenido el quarto bueno, y con quietud hasta el medio dia, el septimo le padeciò fastidioso.

751 *Sed melius* el mismo Hipocrates *lib.* 3. *de morb. vulg. comm.* 3. *num.* 88. en el enfermo 14. cuya enfermedad confessò que començò con delirio, ibi: *Ex mœrore febris corripuerat, cum horrore abinitio contingebatur, & perpetuò, & semper tacita manibus palpabat vellebat, scalpebat, pilos legebat, plorabat, moxque ridebat,* expressando al fin del enfermo Hipp. *Phrenetis*, y lo mismo Galen. explicando este enfermo, ibi: *A primò hac fuisse phrenetica videtur*; y sin embargo de aver reconocido estos dos Autores que el achaque de este enfermo era de phrenetis, y que començò con delirio, y perpetuo, ibi: *Et semper tacita manibus palpabat, &c.* Al vigesimo dia assimismo q̃ se restituyò à la sana mente, y hablò mucho, viniendo à morir al veinte y vno, ibi: *Vigesimo die multum est locuta rediitque ad mentem vigesimoprimo defuncta est.*

752 Y esto mismo que confessaron estos dos primeros Maestros de la Medicina, resolviò Valles, explicando al mismo Hipocrates dicho enfermo 14. Nempè *de morb. vulg. Ægroto* 14. diziendo, que acaece mu-

chas vezes, y lo mismo citandole Paul. Zacch. *quæst. Med. legal. tit.* 3. *quæst.* 13. *num.* 11. ibi: *Vidimus plerosque ex his qui in febribus insaniunt, cum morti proximi sunt ad mentem parumper redire*, dando la razon fundada en la Physica, ò efectos de la naturaleza.

753 Y de aqui proviene lo que hemos repetido deverse despreciar las congeturas que se han expressado por los señores Marqueses, porque no pudiendo estenderse la fuerça de ellas à otro efecto que el de transferir la obligacion de probar lo contrario, porque otra cosa fuera absurdo no aviendo Autor que se atreva à dezir que en el mas desesperado frenetico, *imò* en el mentecapto *à natura* no es posible la recta disposicion; porque quando no recurrieramos a la potestad divina, segun la Physica, y efecto de la naturaleza (como dize Valles, y Zacch. *dict. loco*, *vel ob extremum naturæ conatum id euenit*) es posible la sanidad.

754 Y por esso afirmaron el mismo Valles, y Zacch. en los lugares referidos, que constando de la verdad por suficiente probança, segun lo pide la sujeta materia, de necessidad ha de ser valido el acto, ibi: *Si id constet nempè infirmum lethargicum, aut comatossum ante mortem quosdam actus fecisse quales sani homines faciunt locum quidem habet coniectura probaliditate illorum actuum.*

755 No deviendo olvidar para desvanecer este argumento de el fallecimiento lo que Antonio Gomez *in l.* 3. *Taur. num.* 112. refiere, ibi: *In extremis etiam constitutus, & qui statim, & in continenti post conditum testamentum expirauit sanæ mentis esse præsumitur, & habere sensum, & intellectum, & consequenter, quòd omnia per eum disposita valent, & tenent, nisi ex aduerso probetur contrarium*: lo qual resolviò asimismo Matienço *in l.* 1. *tit.* 14. *glos.* 16 *num.* 3. y otros muchos Autores que refiriò Don Iuan del Castillo *tom.* 4. *controu. cap.* 9 *num.* 9. y aunque esto ha tenido cõtroversia en el testamento *ad interrogationem*, ha carecido de escrupulo quando *testator articulate loquitur*, vt prob. idem Castill. *d. cap.* 27. *ex num.* 11. pero mas en terminos, y à nuestro intento con decision favorable lo que refiere Sesè en la *decis.* 56. *num.* 37. ibi: *Et illico Notarius iuxta consuetam praxim dictum testamentum publicauit, & testificatus fuit, in cuius rei executionem testator ipse nixus est subscribere illud, & cum eleuaretur in lecto, & sedens aliquantulum extitisset, ac per maneret furor repentinus secreto Dei iudicio testatorem irruit eundemque Cruciatus vsque ad eius mortem taliterque eius dispositionem iam aliàs præfatam subscribere noluit, & nequiuit, quod tamen in considerationem non est ad validitatem eiusdem.*

756 Y enseñandonos las experiencias la inconstancia de las enfermedades su variedad de accidentes, pudieramos aver escusado tan prolixa satisfaccion, y con superior motivo quando abundan los libros de disposiciones que se han dado por validas de personas, de cuya sana mente se dudò, siendo indispensable supuesto el de la muerte para controvertirlas; y ha-

hallandonos con tan plena probança de la integridad de el juizio de el señor Conde, que no ha podido, ni devido, sino es con oposició de la evidencia, dudarse por la malicia, queda convencida la falible ponderacion, de que de necessidad, aviendo sido el dia quarto de el alivio, lo avia de ser el seteno, y el del fallecimiento de el señor Conde en èl.

757 *Et maximè* contemplando que para concluir la sana mente, y desvanecer qualquiera presumpcion, los testigos de los señores Duques no han depuesto vaga, y generalmente; sino es con particular especialidad, dando congruentes razones de sus deposiciones, con lo que vieron, advirtieron, y observaron en el señor Conde, què es el modo mas legitimo para la probança de el juizio, DD. commun. *in l. furiosum, Cod. qui testam fac. post.* Burgos de Paz *consf.* 11. *num.* 20. D. Roderic. Suar. *allegat.* 1. *num.* 17. Rota *decis* 129. *num.* 14. *part* 2. *diuers.* Menchac. *lib.* 2. *de succes. creat. tom.* 1. §. 13. *requisito* 7. *num.* 47. Polid. Rip. *de act. in artic. mort. cap.* 21. *à num* 14. Pacian. *de probat. lib.* 1. *cap.* 50. *num.* 17. ibi: *Conueniens vt credatur magis testibus paucioribus in specie deponentibus, quem fuisse sanum mente quam pluribus deponentibus in genere quem fuisse furiosum*, Mart. *de succes. legal. part.* 4. *quæst.* 1. *art.* 2. *num.* 19. Merlinus *decis.* 722. *num.* 7. 8. & 9. Phæbus *decis.* 78. *num.* 3. Sessè *decis.* 56. *num.* 5. D. Suarez *allegat.* 1. *à num.* 3. Zachias *lib.* 2. *tit.* 1. *quæst.* 3. *num.* 2. ibi: *Prudentissimè ex mea sententia à I. C. generaliter, firmatum est, sanam mentem deprehendi potissimum ex factis, & verbis.*

758 Lo segundo, porque la calidad de los testigos es la mas estimable que se puede apetecer, y considerar, porque entre ellos intervienen quatro de los instrumentales; y aunque Gama en la *decis.* 98. *n.* 1. dixo q̃ no hazian fee los testigos instrumentales de el testamento para probar el juizio de el testador, fundado en el interesse de que sea valido; su opinion es reprobada, como destituida de fundamento legal, segun que lo notò su Adicionador Flores Diaz de Mena, ibi: *Sed ego hanc doctrinam, nisi alia contra testes concurrant suspectam putò, & contra notata per Authores, & in proprijs terminis numquam vidi practicari, nec mihi apparet, quòd probabile interesse testes prætendere possint, quem refert, & sequitur*, Castill. *tom.* 4. *contr. cap.* 28. *n.* 54. vers. *Sexto quoque*; y que antes se les aya de dar mas credito por ser instrumentales, probat Imola *in l* 2. *de testament.* ibi: *Item plures testes testamentarij deponunt, quòd tempore testamenti erat sanæ mentis, & reddunt bonam causam scientiæ quibus standum esset dato, quod probatum fuisset de fatuitate*, Abb. *in cap. cum Ioannes, de fid. instrum.* DD. *in l. in exercendis, Cod. eod.* Corn. *consf.* 85. *lib.* 2. Alexand. *consf.* 86. *num.* 16. & 17. *lib.* 2. Farin. *de falsit. quæst.* 158. *num.* 158. Simon de Prætis *de interpr. vltim. volunt. interp.* 51. *solut.* 4. *num.* 1. Cardin. Luc. *discurs.* 39. *de testam. num.* 7. ibi: *Secundò ob testium subscriptionem in singulis chartis ad formam statuti cum ita testes, idem firmare dicantur ex relatis per Surdum, &c.*

759 Y aunque el Licenciado Pedro Martinez, Capellan de Honor de su Mageſtad, por averſe auſentado à las Indias, y Don Luis del Alcaçar, Cavallero del Abito de Santiago, por aver fallecido dos de los teſtigos inſtrumentales, no eſtàn ratificados, ni en el juizio de tenuta, ni en el de propriedad eſtàn abonados, y el vno dado por ratificado por los ſeñores Marqueſes, y aſsi ſe les deve dar credito à ſus depoſiciones, *l. fin. Cod. de teſtib.* vbi DD. *cap. præſentata, eod. tit.* Trentac. *lib. 1. variar. tit. de teſtib. reſol. 9. num. 9.* Benintend. *deciſ. 67. num. 1. & 2.* Surd. *deciſ. 103. num. 2. cum ſeqq.* Maſtrill. *deciſ. 106. num. 10. lib. 2.* Fontan. *deciſ. 183. num. 11.* aviendo entre el examen de eſtos de dos teſtigos, y el de el Padre Ripalda, la diferencia que quãdo ſe hizo el de ellos, no avia parte legitima à quien citar, *& è conuerſo*, intervenia la de el ſeñor Duque de Medina de las Torres, parte ya conocida, quando ſin ſu citacion ſe examinò al Padre Ripalda.

760 Lo tercero, porque aunque el Doctor Maroja, aſsimiſmo otro de los teſtigos inſtrumentales, depone contra la ſana mente de el ſeñor Conde, no puede debilitar la autoridad de el poder, por lo que tenemos fundado contra ſu depoſicion, y advertido, eſpecialmente *num. 426. & num. 528.*

761 Lo quarto, porque ha concurrido la depoſicion de Bernardino de Benavides, ante quien ſe otorgò; y aunque ha avido Autores opinando que el Eſcrivanõ no es teſtigo de integro credito quando depone en favor de el juizio, y capacidad de el teſtador, ponderando que trata de ſu abono, y exoneracion de la nota que ſe le ſiguiera de aver autorizado vn inſtrumento de perſona no capaz para otorgarle. *Attamen* la opinion ſeguida, y cierta, es, que quando eſtà probada ſu legalidad, concurriendo las depoſiciones de otros teſtigos con la ſuya, queda corroborada, y digna de pleno credito, Simon de Præt. *lib. 2. dub. 2. ſolut. 4. num. 15.* Thad. Piſo *lib. 1. var. cap. 5. à num. 10. & 18.* Mantica *de interp. vltim. volunt. lib. 2. tit. 5. num. 17.* Vergil. *de legit. perſon. cap. 7. num. 12.* Marta *dict. 4. part. quæſt. 1. art. 2. num. 21.* Menoch. *lib. 6. præſumpt. 45. num. 21.* Magon. *deciſ. 97. num. 12. & 13.* Farin. *1. part. fragm.* verb. *Furor, num. 277.* Caſtillo *tom. 4. cap. 28. num. 42.* Burat. *deciſ. 256. num. 3.* Mathias Berlich. *concluſ. practicab. 3. part. concluſ. 6. num. 11.* Card. Lugo *tom. 2. de iuſt. & iur. diſp. 24. ſect. 4. num. 63.* Diana *tom. 7. tract. 6.* Reynoſo *in addit. obſeru. 32. num. 21.* cum pluribus Scaño *de teſtam. cap. 21. num. 98.* Cardin. Luca *de teſtam. diſcurſ. 39. num. 17.* ibi: *Multoque magis vbi pro eadem concurrant aſſertio notarij, atque aliæ probationes, vel adminicula*; ſin que ſea perjudicial que Bernardino de Benavides no expreſſaſſe en el contexto de el poder la capacidad de el ſeñor Conde, cuyo reparo ſatisfarèmos en las ſoſpechas de falſedad con que ſe impugna ſu otorgamiento, por aver colocado los ſeñores Marqueſes eſte punto en el numero de las que han concebido.

762 Y quando con la presumpcion de derecho que favorece el testamento se vne la deposicion de el Escrivano, y de los testigos instrumentales, queda incontrastable el acto, Ruin. *cons.* 36. *num.* 1. *lib.* 4. plures refert Farin. *de falsit. quæst.* 158. *num.* 144.

763 Lo quinto, porque dos de los testigos que han depuesto sobre la sana mente de el señor Conde son el Doctor Lazaro de la Fuente, y el Doctor Francisco de Medina, Medicos ambos que assistieron en su enfermedad, desde el principio, à los quales se les deve pleno credito, *l. semel, Cod. de re milit. lib.* 12. *cap. constituere,* 50. *distinct.* Cald. Pereir. *cons.* 24. *num.* 36. Mascar. *conclus.* 1034. *num.* 10. Mantic. *decis.* 60. *num.* 1. Zacch. *lib.* 2. *tit.* 1. *quæst.* 1. *num.* 3. Argelo *de acquir. poss. quæst.* 3. *art.* 1. *num.* 104. Mazzol. *cons.* 12. *num.* 35. Menoch. *præsumpt.* 45. *num.* 46. Polid. Rip. *de act. in artic. mort. cap.* 21. *num.* 20. Farin. *cum plurib.* 1. *part. fragm.* verb. *Furor, num.* 304. y deven prevalecer sus deposiciones en competencia de la de el Doctor Maroja, *vt fundauim. num.* 362. 363. y 364.

764 Lo sexto, porque assimismo ha intervenido la deposicion de el Licenciado Thomas de Mansilla, Cura de la Parrochial de la Santissima Trinidad de Toro, que administrò el Viatico al señor Conde, deponiendo assertivamente de su integra capacidad, y de las palabras, preguntas, y respuestas que observò en este acto, contestando con ello entre la gran copia de testigos que referimos sobre èl muchos Religiosos que se hallaron presentes, à cuyas deposiciones difiere con especialidad el Derecho, Duran. *decis.* 178. *num.* 14. ibi: *His accedit fides Parrochorum, quibus in hoc multum deferri debet,* Deci. *cons.* 448. *num.* 20. Decian. *cons.* 127. *num.* 34. *vol.* 3. Rot. *dict. decis.* 107. *part.* 2. *diuers. num.* 20. Burat. *dict. decis.* 256. *num.* 20. ibi: *Accedentibus præsertim attestationibus Religiosorum dicentium illam semper reperisse in bona mente, ac dispositione quibus plurimum creditur in hac materia,* Farin. *dict. decis.* 324. *tom.* 2. *in posthum. num.* 4. *&* *in fragm.* 1. *part.* verb. *Furor, num.* 305. D. Suar. *alleg.* 1. *num.* 13. Barbos. *voto* 11. *num.* 11. ibi: *His accedunt fides Parrochorum, quibus in hoc multum referri debet attestantium, quòd Ioannes in vltima infirmitate, in qua fecit testamentum & ex qua dementiam ortam fuisse prætenditur bis peccata sua cum sana memoria sensu perfecto, & animi dolore confessus fuit, & Sacram Eucharistiam suscepit,* Card. Luc. *de testam. dict. discurs.* 39. *num.* 8. ibi: *Tertiò ob attestationem Parrochi, qui contemporaneè testatori tanquam sanæ mentis Sacramenta ministrauit, vt ponderatur apud Celsum dict. decis.* 166. *num.* 17. apud Burat. *dict. decis.* 211. *num.* 9. *decis.* 256. *num.* 17. *&* 20. *dict. decis.* 233. *num.* 18. *part.* 7. *recent. & in aliis in eis relatis.*

765 Lo septimo, porque sobre las deposiciones de los testigos instrumentales, Medicos que assistieron al señor Conde en su enfermedad, Parrocho que le administrò el Viatico, Religiosos que se hallaron en este acto, y los demàs ponderados con el del otorgamiento de el poder, intervi-

nieron otros muchos testigos en vnos, y otros tiempos de la familia, y casa de el señor Conde, que han concluido su sana mente, à los quales deve diferirse como mejor informados, Farin. *decis.* 324. *tom.* 2. *in posth. num.* 303. & *de testib. quæst.* 55. *num.* 116. Tusch. verb. *Furor*, *conclus.* 541. *num.* 9. & 12. Mantic. *de coniect. lib.* 2. *tit.* 5. *num.* 6. Bobadill. *lib.* 3. *cap.* 8. *num.* 102.

766 Lo octavo, porque la comun reputacion, que tan copioso numero de testigos compone, y en que tuvieron la integridad de el juizio de el señor Conde, es relevantissima probança de èl, Boer. *decis.* 23. *num.* 70. Dec. *cons.* 448. *num.* 33. & 34. Farin. verb. *Furor*, *num.* 272. & *num.* 284. Burgos de Paz *cons.* 11. *num.* 9. Macerat. *lib.* 2. *resol.* 59. *casu* 23. Menoch. *præsumpt.* 45. *lib.* 6. *num.* 21. Rota *decis.* 107. *part.* 2. *diuers. num.* 19. ibi: *Quemadmodum reputatio consanguinerum operatur probationem dementiæ, ita etiam contraria reputatio debet contrarium operari*, Felic. *allegat.* 24. *part.* 3. *num.* 4. & 5. ibi: *Quia pro tali fuit reputatus, ab eius vxore, & consanguineus*, Pacian. *lib.* 1. *cap.* 43. *num.* 30.

767 Lo nono, porque aunque no huvieramos tenido la deposicion de el Parrocho, y demas testigos que han concordado con ella; solo el mero hecho de aver confessado, y recibido el Viatico, como se ha justificado en los dos medios propuestos, *num.* 717. *vsque ad num.* 728. inducia eficacissima presumpcion de la sana mente, Menoch. *cons.* 683. *num.* 4. & *dict. præs.* 45. *num.* 21. Rota *dict. decis.* 107. *part.* 2. *diuers.* Decian. *cons.* 127. *num.* 3. *lib.* 3. Burat. *decis.* 256. *num.* 17. & ibi Ferentil. *litt. C.* Farin. *part.* 1. *recent. decis.* 384. ibi: *Quæ etiam Sacramenta in vltima infirmitate illi administrata fuerunt, quæ plurimum adiuuant sanæ mentis præsumptionem*, & 1. *part. fragm.* verb. *Furor*, *num.* 282. ibi: *Et propterea confiteri peccata, & sumere Eucharistiam est signum sanæ mentis*, Duran. *dict. decis.* 178. *num.* 14. Cald. *cons.* 24. *num.* 35. Argel. *de adquir. poss. quæst.* 3. *num.* 61. Sessè *decis.* 56. *vol.* 1. *num.* 22. Cæsar Carenna *resol. pract. resol.* 171. *num.* 8. *in fin.* ibi: *Quartò idem euidentissimè probatur ex administratione Sacramentorum, facta dicto Ioanni Baptistæ maximè verò pœnitentia, & Eucharistiæ facta in vltima illius infirmitate ex qua decessit; vt patet ex attestationibus Parrochi, huiusmodi enim Sacramenta non administrantur, nisi hominibus sanæ mentis*, Barbosa, Card. Luc. & alij, quos retulimus, *supr. num.* 764.

768 Sin que las doctrinas, y opiniones de que se puede administrar el Viatico al frenetico, como lo insinuò el Padre Ripalda en su deposicion, puedan desvanecer la presumpcion referida, porque reservando la inteligencia de esta opinion, su modo, y practica, à quien mas peculiarmente pertenece, lo que no devemos omitir, es, que al señor Conde no se le administrò el Viatico en fuerça de esta opinion, ni la junta de Medicos en que intervino el Padre Ripalda, fue para resolverlo, y las demàs disposiciones en fuerça de ella, sino es para decretarlo todo, como se decretò debaxo de

de el examen, y conocimiento de la integridad de el juizio de el señor Conde, y diziendo assi en su deposicion el Padre Ripalda, como el Doct. Maroja, aun con la inconstancia advertida *sup. num.* 423. que lo remitieron à ageno arbitrio, se manifiesta con evidencia que la resolucion no fue en virtud de las opiniones Theologicas, como à frenetico, sino es mediante la censura que se hizo aviendole opinado al señor Conde por capaz.

769 *Vlterius*, porque *non compatitur* el que se le aya administrado el Viatico, como aora se quiere simular con lo que publicò el Padre Ripalda de averle confessado, y que fue muy à satisfaccion suya, y quasi generalmente, como lo tenemos probado *ex num.* 320. de que se infiere, que para turbar las presumpciones de estos actos se han afectado posteriormente, discursos q̃ al tiempo de su execucion no se tuvieron presentes, siendo prueba real de esta inadvertencia el que carecieron de practica en el intervalo, y alivio del Martes antecedente, quando en èl se tratò de este consuelo, como lo deponen los testigos referidos *ex num.* 224. y por el crecimiento que de proximo se receleva, y cortedad de el tiempo, no pareciò conveniente hazer sin èl, y seguridad de la sana mente de el señor Conde lo que en el Miercoles quiere el Padre Ripalda que se executasse con igual congoxa; comunicandonos la ocasion de que le culpemos, ò en la poca providencia de lo omitido en el Martes, ò que concibamos lo que es cierto de que en el dia succesivo no fue necessaria la de su opinion, por averse experimentado con riguroso examen la capacidad de el señor Conde.

770 Lo dezimo, porque la publicidad con que se permitiò la entrada à tantos Religiosos, y personas que han depuesto, y comunicacion del señor Conde con ellos, y con otras muchas personas, platicando, y comunicando con todos, es otro testimonio irrefragable de la integridad de su juizio, Tib. Decian. *cons.* 127. *l.* 3. *num.* 34. Alex. de Nevo *cons.* 37. *num.* 5. vers. *Et habuit conuersationem*, Burat. *decis.* 256. *num.* 18. Card. de Luca *de testam. dict. discurs.* 39. *num.* 12. ibi: *Potissimè in hac facti specie, quòd agebatur de testamento condito nuncupatione explicita publicè, & palatim omnibus audientibus dispositionem.*

771 Y el aver observado con vnos, y con otros la cortesia, ò tratamiento que à cada vno le era devido, y que acostumbrava estando bueno, como se advirtiò en el agassajo con que recibiò a Bernardino de Benavides, demonstraciones con la señora Condesa, Marquesa de Mayrena su nuera, y otros de los concurrentes en los actos expressados, es assimismo otro argumento de la capacidad, Zacch. *lib.* 2. *quæst.* 3. *num.* 6. ibi: *Apertius porrò significatur dementia ex ciuilibus actibus, nam si quis exempli gratia, quos debet non salutet, nec reuereatur infimas verò personas, & quas non debeat honore illarum quidem consuetudinem deuitet, harum verò affectet cum ipse in priorum numero existat, hic proculdubio fatuus, ac demens præsumi potest*, Menoch. *lib.* 6. *præsumpt.* 45. *num.* 21. ibi: *Nobilem non præsumi de mentem, & insanum si actus nobiles honeste fecit, &*
cum

cum nobilibus præsertim modestè, & honestè conversatur.

772 Y vltimamente, porque huvo causa, y causa tan relevante para aver logrado el señor Conde el alivio de su accidente, y restituidose à la integridad de su juizio con los remedios de las sangrias, y evacuacion, capaces de producir este efecto; como fundamos en el *§. 3. ex numer. 572.* teniendo apoyo lo referido aun en los testigos contrarios al derecho de los señores Duques, y propicios al de los señores Marqueses; por lo qual lo depuesto por los de los señores Duques consuena con la verdad, y con la presumpcion de derecho para que se difiera à ellos, *ex infrà dicendis.*

773 Sin que obste que los furiosos, ò freneticos hablan en algunas ocasiones concertadamente, y que por esto no se califica la integridad de su juizio; porque esta falencia procede solo quando *aliunde* consta evidentemente de su incapacidad; debaxo de cuyos limitados terminos solamente lo notaron Mascar. *en la conclus.* 503. *num.* 3. Cald. *cons.* 24. *num.* 19. el señor Rodrigo Suarez *alleg.* 1. *num.* 18. y otros *quos consulto omittimus*; siendo, sino impossible, sumamente dificil el que en la substancia en el tiempo, ò en el modo de las razones no descubren el defecto de la razon, *vt fundauimus sup. ex num.* 738.

774 Pero si al señor Conde se le reconociò con estas Philosophicas observaciones en todo lo que pronunciò, y obrò al tiempo de el otorgamiento de el poder en los actos que precedieron, y se subsiguieron à èl; concordando en ello sin mixtura de palabra, ni operacion insana, siguese que no fue obrado por acaso, ò posseìdo de el delirio, sino es como producido de la integridad de su juizio, raciocinando el entendimiento, aprehendiendo, componiendo, discurriendo, y coligiendo que son los medios de concebirle, como lo enseñò Santo Thomas 1. *part. quæst.* 85. *art.* 5. y lo han expressado los testigos, dexando de epilogar lo que de sus deposiciones se deduce, y que no pudo ser obrado, ni pronunciado por el señor Conde, sin la especial reflexion de su integro entendimiento en todo, y de cada vna parte de ello, por escusar la molestia que ya colegimos acusada en la dilatacion de este discurso.

775 Pudieramos omitir por la misma causa lo opuesto por los señores Marqueses contra las probanças, y testigos de los señores Duques, y por ser desestimable juntamente à vista de el copioso numero de ellos, y lo que con tan individuales razones han depuesto; pero por que no parezca consentir en lo que indevidamente se ha reputado por perjudicial, sucintamente convencerèmos lo que ha logrado mayor ponderacion.

776 No es digno de ella: lo primero, el que vnos fueron criados de los señores Duques, y otros de la Marquesa de Mayrena, y de el señor Duque de Medina de las Torres, y algunos de ellos intereſſados en el valor de el poder por los legados que la señora Condesa les hizo en las disposiciones otorgadas en su virtud.

777 Lo primero, porque son infinitos los testigos que carecen de este

re-

reparo, y quando se les opusiera otro equipolente, ò de diversa especie, siendo tan copioso, como hemos referido el numero de todos, bastava esto para suplirles qualquiera inhabilidad, *DD. in l. 4. in princip. de testib.* Ias. *in Auth si vero contigerit, de iudicijs*, Farin. *de testib. quæst.* 55. *num.* 110. Gutierrez *alleg.* 11. *num.* 12. Ricc. *part.* 7. *collect* 2573. *qui citat longè latèque alios qu implurimos part.* 4. *decis. decis.* 302. Noguer. *allegat.* 26. *num* 69. Ciriac. *controu.* 409. *num* 80.

778 Lo segundo, porque semejante oposicion procede con menos fundamento contra los criados de grandes señores, por la recomendacion que para la verdad incluye su esfera, Farin. *de testib. quæst.* 55. *num.* 140. ibi: *Limita secundò propositam regulam, vt procedat in famulis vilibus, & ignobilium prout sunt famuli scholarium, seu alterius priuatæ personæ at secus in famulis, alicuius magni domino putà Cardinalis Principis, aut alterius illustrissimæ personæ, nam cum hi reputentur personæ admodum honestæ, & graues, & nisi tali essent non extarent ad talis personæ seruiunt, ideò minimè repellendos dicendum est.*

779 Lo tercero, porque quando *sine veri præiudicio* fuesse estimable el reparo ponderado, tampoco podia proceder contra los testigos instrumentales, por aver quedado aprobados, y de entera fee para este acto, *ex l. si quis testibus, Cod. de testib glos in* § *& licèt, circa fin.* verb. *Supplicijs, in Auth. de testib.* Farin. *dict. quæst.* 55. *num* 83. latè Ciriacus *controu.* 407. *à num.* 49. *vsque ad* 6 . *& num.* 235 *&* 242.

780 Lo quarto, porque los criados para la probança en que nos hallamos de la capacidad de el señor Conde son los testigos mas idoneos, como personas mas immediatas à su persona, que mejor informados pudieron, y devieron discernir, ò la insania, ò integridad de su juizio, *vt fundauimus supr. num.* 765. *& corroboratur, arg. text. in dict. l. ex consensu,* §. *super plagis, Cod. de repud. cap quanto, de præs.* ibi: *Quanto viciniores estis, tanto subtiliùs cognouistis, l.* 6. *Cod. qui militare, vel non poss. lib.* 12. *vbi omn. scrib.* Ricc. *collect* 297.

781 Lo quinto, porque el emolumento de los legados, como interesse secundario, se pospone en la censura de derecho, y sin embargo de este interès es valido el testamento en cuyo otorgamiento fueron testigos los legatarios, §. *legatarijs, inst. de testam ord. l. si quis,* 14 *ff. de reb. dub. l. dictantibus,* 22. *Cod de testam.* Baldus *cons.* 82. *num.* 1. *lib.* 4. Farin. *de testib. quæst.* 60. *num.* 287. Menoch. *de arbitr. casu* 106. *num.* 14. Gratianus *discept.* 556. *num.* 23. Flores de Mena *lib.* 1. *variar. quæst.* 1. *num.* 28. Matienç. *in l.* 1. *tit.* 4 *lib.* 5. *glos.* 8. *num.* 9. Symmachus *lib.* 10. *epist.* 55. *Deindè cum testamenti iure confecti fidem recitatiò publicaret calumnia inanis obiecta est, quòd signatores nescio quid legati ex eadem voluntate cœpissent,* Ciriac. *controu.* 409 *n.* 62. Faber *de errorib. decad.* 66. *err.* 1. 3. *& seqq.* Pichard. *in* §. *legatarijs, num.* 11. Loriot. *de art. iur. axiom.* 15. Fornei. 2. *select. cap.* 12. Cuiac. *lib.* 9. *obseru.* 37. latè Escaño *de testamentis, cap.* 24. Garcia *de* ne-

nobilitat.glos.25.num.7. Cardin. de Luca *de testam. discurs.30. num.* 13. *&* 14.

782 Lo sexto, porque la señora Condesa en fuerça de la voluntad de el señor Conde hizo estos legados en las disposiciones que otorgò en virtud de el poder, y los testigos que se dize favorecidos con este interès, *tunc temporis*, avian depuesto sobre la sana mente de el señor Conde en la informacion que se recibiò en Toro; con que se convence, que sus deposiciones no pudieron ser producidas de tan mal ideado soborno, y que las originò la verdad de lo que conocieron, y concibieron, ignorando la remota conveniencia que de ella pudieran conseguir, cuya ignorancia se reputò por razon en el dictamen de muchos Autores, para que en los testamentos, especialmente cerrados, los legatarios fuessen testigos de mayor excepcion, Viglius *dict.§.legatarijs inst.de testam.ord.* Guill. Forner. *lib.2. select.cap.*12. Ricc. *collect.*297. Osuald. Donel. *lib.6.comm. cap.7. litt.O.* Cuiac. *lib.9.obseru.cap.37. quibus adde tradit.sup.num.anteced.*

783 Lo septimo, porque lo ponderado milita con superior motivo, siendo el interesse tan corto, sobre no ser en todos los testigos, no presumiendose por la parvidad de el que se pueda violar, ni viole la religion de el juramento, *cap.accedens, de crim. fals.* Decius *cons.*175. *num.*6. Tiraq. *in tract.de iudic.in reb.exiguis, in princip.num.*9. Garcia *vbi prox.num.*5. *& in dict.num.*7. terminantemente en legatarios Cardin. Luca *de testam. discurs.*39. hablando en defensa de el testamento que se impugnava por insania de el testador, reputando por despreciable el interesse secundario, y remoto de vna substitucion en su herencia para redimir al interessado en ella de el escrupulo de semejante reparo, ibi; *Quintò pro meo iudicio maximi momenti erat ea circunstatia, quam iuxta stylum amplectendi motiua naturalia potius, quam leguleia nimiū exagerabam* (*atque potissima causa fuit recessus à prioribus duabus resolutionibus*) *modica scilicèt, atque euentualis, & verisimiliter non sperata vtilitatis dictis Simeonis, qui duobus ætate longè inferioribus substitutus erat. Falsitates etenim, atque machinationes, vt aduertitur sup.discurs.2. & in alijs, Committi non solent, nisi ex motiuo magnæ vtilitatis; potissimè verò in hac facti specie, quòd agebatur de testamento condito nuncupatione explicità publicè, & palam omnibus audientibus dispositionem. Vndè propterea magna requirebatur machinatio, in cuius casu machinator curasset liberam institutionem in vniversa hæreditate relicta filijs sola legitima non autem adeò euentualem, ac verisimiliter non speratam substitutionem benè regulatam fauore agnationis cum pingui dispositione ad fauorem ipsius oppositricis, vt clarè ad sensum; istaque motiua naturalia sunt illa, quæ in hac materia principaliter attendenda sunt.*

784 Lo octavo, porque los encuentros ponderados contra algunas deposiciones no hieren en lo substancial, siendo juridico que la variacion de los testigos en las circunstancias accidentales, y algunas palabras no con-

conformes, no les disminuye el credito, Ias. *in leg. admonendi, de iur. iur.* Dec. *consf.* 105. *sub num.* 2. Ruin. *cons.* 145. *n.* 20. *lib.* 5. Aymon *cons.* 570. *num.* 31. Mascard. *concl.* 1367. *num.* 5. Farin. *quæst.* 65. *num.* 16. Neguer. *alleg.* 26. *num.* 69. latè Cyriacus *controuers.* 407.

785 Lo nono, porque aun sobre lo substancial se deve buscar la interpretacion que fuere possible, reduciendo à concordia lo que en los testigos parece diverso, *ex cap, cùm tu, vbi omnes, de testib.* Farin. *quæst.* 65. *à num.* 7. Mascard. *concl.* 1161. *num.* 10. Petra *de fideicom. quæst.* 12. *num.* 949 *&* 1024. Cevall. *comm. contra comm. quæst.* 86. Vela *disert.* 38. *num.* 77.

786 Maximè, que lo que vnos no oyeron, otros pudieron advertir de todo lo que se hablò, assi por el señor Conde, como por las personas que le assistieron en el dia Miercoles del otorgamiento del poder, y aun al tiempo de èl, como de lo obrado en los tiempos, y actos sobre que hemos discurrido, cum testes non dicantur contrarij ex eo, quòd vnus plus altero deponat, Dec. *dict. cons.* 105 *sub num.* 2. & alij, quos retulimus *sup. num.* 784. latè Cyriacus *dict. controu.* 407. maximè aviendo precedido muchos dias, en que es natural algun olvido, ò equivocacion, Noguerol *alleg* 26. *num.* 102. por la falencia que considerò de la memoria el Iurisconsulto *in leg. peregre,* 44. *§. quæsitum de adquir. possess.*

787 Ex quibus dexando como dexamos indemnes de escrupulo los testigos de los señores Duques, y sus deposiciones, y aun condescendiendo, sin perjuicio de la verdad de todas, en que muchas no se estimen con todo el debido aprecio que merecen, siempre queda exuberantissima, y superior la probança de los señores Duques, deviendose diferir à ella, en competencia de la de los señores Marqueses.

788 Lo primero, porque en las materias de nuestro assumpto, en concurso de probanças, es proposicion elemental, que se deve dar mas credito à dos testigos que depusieron de la sana mente, que à mil que depongan del furor, Boer. *decis.* 23. *num* 93. Thed. Piso *lib.* 1. *var. cap.* 5. *num.* 19. Mathias Berlich. *concl. pract.* 3. *part. concl.* 6. *num.* 14. Virgil. *de legitim. pers cap.* 7. *num.* 7. Farin. 1. *part. recent. decis.* 384 *num.* 9. *& in fragm. verb. Furor, num.* 309. Castillo *tom* 4. *cap.* 22. *num.* 101. *& cap.* 28. *num.* 25. Bobad. *lib.* 5. *Polit. cap.* 1. *num.* 114. Garcia *de nobilit. gloss.* 34. *à num.* 2. Carleu. *de iudic. tit.* 2. *disput.* 3. *num.* 18. *&* 38. *& plures ab his citati.*

789 Lo segundo, porque aun con igualdad de testigos, y probanças, es assimismo conclusion cierta, y recibida, agena de controversia, que deve prevalecer, y prevalece la del sano juizio, por ser conforme à la naturaleza, y presumpcion del Derecho, Corn. *cons.* 219. *num.* 3 *vol.* 1. *& cons.* 261. *sub num.* 13. Gutierr. *cons.* 14. *num.* 4. Rota 1. *part. decis.* 577. *num.* 10. Burat. *decis.* 256. *num.* 19. Simon de Præt. *lib.* 2. *de interp. vltim. vol. cap.* 4. *num.* 18. Barbos. *in cap. indicas,* 3. *quæst.* 9. *num.* 4. Mier. 1 *part. quæst.*

*quæſt.*1.*num.*371.*&* 374. Noguer.*alleg.*25.*num.*71. Decian.*conſ.*101. *col.pen.verſ.Quarto conſiderandum*; Bergos de Paz *conſ.*3.*num.*88. quàm plurimos cumulat Cyriac.*controu.*407. *à num.*260. 261. 262.

790 Lo tercero, porque lo miſmo milita quando compiten preſumpciones, que las mas en numero, y mas eficaces deven preponderar à las menores en número, y de inferior calidad, *leg. Divus*, vbi Doct. *de in integr.reſtit. leg.ſi ſervus plurium*, §.*fin.de leg.*1. D.Gregor. Lop *in l.*45. *tit.*5.*part.*5.*gloſ.*3.*in fin.* Menoch.*lib.*1.*præſumpt.quæſt.*30. Caſtill.*tom.*4. *controuerſ.cap.*23.*num.*8.

791 Quedando ſiempre ventajoſas, aunque ſean menos, y no de igual eficacia, las que intervinieren por la integridad del juizio, Abb. *in cap.fin.num* 20. *de ſucceſ. ab inteſt.* Maſcard. *concl.*825.*num.*18.*& ſeq.* Farin.*verb.Fura, num.*325. Menoch. *de arbitr. lib.*2.*cent.*5.*caſu* 472. *num.*20.*& de præſumpt.lib.*1.*quæſt.*29.*num.*9. Mantic.*de coniect.lib.*12. *tit.*17.*à num.*29. Caſtillo *dict.cap.*23.*num.*25.

792 Como aſsimiſmo las que convienen con el inſtrumento, elidiendo las ponderadas contra èl, Dec.*dict.conſ.*105.*num.*4. Sforcia *conſ.* 76.*num.*7. Cephal.*conſ.*546.*num.*80. Altegr.*conſ.*50.*num.*113. ibi: *Vna præſumptio tollit aliam, & fortior, quæ ſtat pro inſtrumento tollit debiliorem, à veroſimilitudine elicitam*, Gracian.*tom.*5.*diſc.cap.*877.*num.*26. Maſtrill.*deciſ.*310.*num.*19.

793 Con que haziendo cotejo de vnas, y otras probanças, ſe hallarà que todas las reglas ponderadas eſtan excluyendo con evidencia el derecho de los ſeñores Marqueſes, por fundarſe vnica y ſubſtancialmente en las depoſiciones del Padre Ripalda, y del Doctor Marcja, contra las quales militan los multiplicados reparos que ponderamos en los diſcurſos formados ſobre ellas, y que quedan epilogados en los *num.* 532.*&* 533.

794 Y la preſumpcion de la regla de la *l.penult. C.de curat.furioſi*; y de la Gloſſ. *en el cap.fin.de ſucceſ.ab inteſt.* quebrantada con las limitaciones convenientes a los terminos, y caſo de eſte pleito, referidas en el §.4.

795 Como por el contrario, toda la diſpoſicion legal favoreciendo con relevantes circunſtancias la clara juſticia de los ſeñores Duques.

796 Lo primero, por la preſumpcion natural de la ſana mente del ſeñor Conde, de que entra aſsiſtida.

797 Lo ſegundo, por la del derecho que comunica el inſtrumento otorgado ante Eſcrivano publico, fiel, y legal, fortalecido del numero de teſtigos, y ſolemnidades, que requieren las leyes.

798 Lo tercero, porque los ſeñores Duques tienen probada con evidencia en el §.3. que la calidad de la enfermedad de que fue poſſeido el ſeñor Conde, permitiò dilucidos intervalos, y que le conſiguiò Martes en la tarde, precedente al Miercoles del otorgamiento del poder, *ex num.*242.

799 Lo quarto, porque por ſer cierto el del Miercoles, le articularon los

los señores Marqueses, aunque no estimandole por suficiente; *vt patet in num.264.*

800 Lo quinto, porque la prudente y recta disposicion le dexò acreditado, *de qua ex num.609.*

801 Lo sexto, porque sobre permitir los intervalos la calidad de la enfermedad, huvo causa para ellos con los remedios que se le aplicaron al señor Conde, y aun para vencerla omnimodamente, aviendose convertido, y transmutado en otra opuesta, y de diversa especie, confessandose, y reconociendose esto por los testigos de los señores Marqueses, *ex num. 374. & num.645.*

802 Lo septimo, porque estos mismos dispusieron, que el señor Conde testasse, confessasse, y recibiesse el Viatico, asseverando, y publicando su integra capacidad, *vt relatum est in num.654. & seqq.*

803 Lo octavo, porque las palabras que les observamos del señor Conde en sus deposiciones, convienen con ello, *de quibus in num.660.*

804 Lo nono, porque el poder se otorgò paladinamẽte en fuerça de lo resuelto por el Padre Ripalda, y los Medicos, *vt patet in n.654. & seqq.*

805 Lo dezimo, aver asimismo otorgado inmediatamente, y con tan justo motivo la donacion de vna tabla en favor de Iuan Vicente, *de qua ex num.715.*

806 Lo vndezimo, porque se confessò el señor Conde, y el vnico testigo de este acto, y Ministro de èl, que lo fue el Padre Ripalda, declarò aver sido quasi generalmente, y à su satisfaccion, *in num.319. & in n.320.*

807 Lo duodezimo, que el señor Conde recibiò el Viatico con toda publicidad, sin impedir la entrada à persona alguna, permitiendola à las de todos estados, *de quo ex num.719.*

808 Lo dezimotercio, porque los señores Duques han probado, no solo con los testigos instrumentales, y con otros infinitos de vista, indemnes de tacha, y reparo, la integra capacidad del señor Conde de el tiempo del otorgamiento del poder, sino es precedentemente à èl, desde las quatro de la mañana, hasta la vna del dia, en que le sobrevino el letargo, por la serie de los actos del poder, donacion de tabla, Confession, Viatico, comida, observandole en operaciones, palabras, actos de devocion; todo lo que acredita exuberantissimamente la integra capacidad de su juizio.

809 Lo dezimoquarto, porque el averse restituìdo à èl en este tiempo, fue comun reputacion de todos, y aun de los mismos testigos presentados por los señores Marqueses. Y assi esperamos, que el igual concepto que se formò de la sana mente con la determinacion de la tenuta, por el crisol de la justicia, desestimando lo que oy no contiene novedad, se continùe en donde ha quedado, como permanecerà inviolable la seguridad del acierto; y fenecido con esta confiança el discurso sobre la integridad del juizio del señor Conde, passamos brevemente en el §. siguiente à pro-

 po-

poner sobre su memoria, lo que se ha opuesto por los señores Marqueses, para dexar en todo ilesa la capacidad que se le ha negado.

§. VI.

Sobre que el señor Conde no careciò de memoria, convenciendo la oposicion que por los señores Marqueses se ha hecho sobre esta potencia, y defecto que por semejante medio han ponderado contra el otorgamiento del poder.

810 CON lo fundado desde el *num.* 296. hasta el 300. de este informe, pudieramos relevarnos de otro desempeño sobre lo contenido en este §. porque sin embargo de cierto olvido que la nimiedad del Padre Ripalda propuso contra la memoria del señor Conde; para inducir la insania que tratò de persuadir su mal considerada voluntad, convencimos no solo el olvido, pero que por èl, ni otra diminucion de la memoria se deducia el enagenamiento de la razon; pero como por los señores Marqueses se han ponderado con aquella circunstancia convencida otras, formando (aunque fantastico) cuerpo de ellas, no principalmente por argumento de demencia, que es à lo que correspondiò nuestra satisfaccion, sino es por principal assumpto para dexar intestable al señor Conde, como desmemoriado, es preciso que brevemente discurramos sobre las referidas circunstancias, convenciendo que no son ciertas en el hecho; y que aunque *sine veri præiudicio* tuviessen comprobacion como insuficientes en el derecho, deven desestimarse, persuadiendo, que adhuc quedò testable el señor Conde.

811 Lo primero, porque contiene incertidumbre la suposicion de que aviendo entrado la Marquesa de Mayrena à ver al señor Conde en la ocasion del intervalo del Martes, la huviesse hablado, para inducir por este coloquio defecto de memoria, aviendola dicho el señor Conde en el dia siguiente: *Si parecia bien no averle visto en tres dias*, como se pondera por los señores Marqueses, pues no ay testigo alguno que deponga en todos los ponderados sobre este intervalo del Martes, que la Marquesa de Mayrena huviesse hablado con el señor Conde, & èconverso el señor Conde con la Marquesa de Mayrena; y aviendo entrado en esta ocasion en el dormitorio, como lo hizieron la señora Condesa, el Marquès de Mayrena, y algunos criados, pudo el señor Conde no aver reparado en la Marquesa de Mayrena; ò quando lo huviesse hecho, con la brevedad de su entrada no averlo reputado por toda aquella integridad de visita, y tiempo, que podia apetecer el cariño del señor Conde, y à que correspondia el devido à la Marquesa de Mayrena.

812 Lo segundo, porque no contiene menos incertidumbre aver ponderado, que se olvidò de su proprio nombre, infiriendolo de no aver

fir-

firmado el poder, por la *l.fin. C.de hæred. instit.* porque el no averlo hecho procediò de no aver podido executarlo, por las razones que concluyen los testigos, *Mem.num.* 1719.*y* se repetirà adelante; siendo diversa, y agena de estos terminos la especie de la referida *ley final*: y es bien ponderable, aun quando el señor Conde, quòd non confitemur, se huviesse olvidado de su proprio nombre, lo que sobre este punto siente, y resuelve Paulo Rubeo *en sus resolut.practic.cap.*16.*num.*414. donde con igual sucesso experimentado en el exemplo de Messala Corvino, adhuc se le concibiò con la integridad de su juizio, ibi: *Intellige tamen id nullatenus procedere quando quis propter corporis morbum nominis sui memoriam non habet, vt de Messala Corvino Oratore paginæ antiquitatis memores testantur, qui propter ægritudinem, qua non parum vexatus fuit proprij nominis oblitus fuit quantumvis alias sensus vigerent.* Entendiendo de esta forma su sucesso Plinio *lib.*7.*natur.hist.cap.*24.y Solino *cap.*6.*Polyhistor.* y Cronito *lib.*1.*de honest.discipl.cap.*12.Sabino *lib.*10.*cap.*9.Mascard.*de probat.conclus.*826.*num.*18.Menoch.*de præsumpt.lib.*6.*præsumpt.*45.*num.*31.à los quales refiere tambien Paulo Rubeo; añadiendo otro igual accidente de vn eruditissimo Ateniense, referido juntamente por Menoch. *vbi proxim. num.*33. ex Valer.Maxim. & Volaterrano, como assimismo de Orbilio Grammatico, que refiere Menoch.*de arbitr.lib.*2.*casu* 26.*num.*5.*& dict. præsumpt.*45.*num.*41.*& sequenti*, Escobar *de purit.* 1.*part.quæst.*11.*§.*2, *num.*12.Escaño *de testamentis, cap.*21.*num.*79.

813 Lo tercero, porque es penitus desestimable aver ponderado para acusar la memoria al señor Conde el olvido del Marquès de Mayrena su hijo, y de su Magestad, à quien avia mostrado tan reverentes obsequios, como producidos de la obligacion de su sangre, y de la que le reconocia como Autor de las multiplicadas mercedes que le comunicò su magnificencia; porque por lo que toca al olvido del Marquès de Mayrena ponderamos abundantissimamente *ex num.*613. lo que corresponde à la satisfacion de este reparo; y assi para èl, como para el que se forma por lo respectivo à su Magestad, devemos repetir quedò la señora Condesa con el encargo que sus disposiciones manifiestan de el desempeño àzia el amor del vno, amor, reverencia, y gratitud àzia el otro, sin que el defecto de la expression sea indicio del olvido, pues sin ella es capaz la conservacion de la memoria: y si el defecto de esta se huviesse de regular por el silencio, era menester para acreditarla adivinar todo aquello que pudiera ser del agrado de los defensores de los señores Marqueses, è inferir en la limitacion de vn poder lo que fuera ageno, y estraño de su regular contexto, haziendose mas sospechoso, quanto mas singulares y extraordinarias clausulas se mezclassen en su contenido, *vt fundauim. sup.num.*612.deviendo causar estos reparos mayor estrañeza quando el señor Conde eligiò la brevedad por las causas que expressò, para no entrar en la mas dilatada tarea de vn testamento, *vt relatum est sup.num.*610.

814 Lo quarto, porque la ponderacion de que olvidò el de el año de 42. contiene igual incertidumbre, y en la respuesta que el Padre Ripalda supuso que avia dado el señor Conde para persuadirlo, no deve ser creìdo como vnico testigo el Padre Ripalda, demàs de averle convencido notoriamente en lo referido desde el *num.* 296. persuadiendo que su deposicion en esta parte no pudiera ser perjudicial, añadiẽdo aora para no aver correspondido el señor Conde à la curiosidad de la pregunta, que fingiò el Padre Ripalda lo de Tacito: *Perscrutari Principum sensus, & si quid occultius parant, anceps neque adeò assequare*: con que quando sin perjuicio de la verdad huviesse preguntado el Padre Ripalda al señor Conde si tenia hecho algun testamento, pudo en su dictamen parecerle conveniente no descubrirle otra operaciõ como infructuosa, respondiendole por esto, *que no tenia hecho ninguno*, para hazerlo con brevedad, que era lo que requeria el tiempo, como asimismo lo previno Tacito: *Imperatoria breuitate Galbam adoptari iubet*: estilo muy proporcionado à quien no consume el tiempo con narraciones viciosas, y mas solito en los personages de la esfera de el señor Conde, y significativo de la desestimacion con que avia tratado, y queria tratar el testamento de el año de 42. aviendole dexado, como referimos, con desprecio en Loeches, no contemplado otra mas provida custodia, como aliàs se experimentaria si fuera inclusiva de materia que avia de permanecer cõ importancia, como la Antiguedad nos lo dexò enseñado en casos semejantes con lo practicado por otros grandes varones de ella; pues leemos en Plutarco, que el Triumviro M. Antonio dexò encargado, y depositado el testamento *in scriptis* con que muriò à las Virgenes Bestales; y que de Iulio Cesar cuenta lo mismo Suetonio en su vida, *cap.* 73. *Postulante L. Pisone Socero, testamentum eius aperitur recitaturque in Antonij domo, quòd Idibus Septembros proximis in Labicano suo fecerat demandauitque Virginili Vestali maximæ, & Q. Tubero tradidit.* Y de Octaviano Augusto Tacito *lib.* 1. *Ann. Nihil primo die Senatus agi passus est Tiberius; nisi de supremis Augusti cuius testamentum in latum per Virgines Vestæ Tiberium, & Liuiam hæredes habuit.* Mas distintamente Suetonio en su vida, *cap.* 101. *Testamentum* 1. *Planco, & C. Silio, Coss.* 3. *Non. Aprilis ante annum, & quatuor menses, quam decederet factum ab eo, ac duobus Codicibus partim ipsius, partim libertorum Polybij, & Hilarionis manuscriptum depositumque apud se Virgines Vestales cum tribus signatis æque voluminibus protulerunt, quæ omnia in Senatu aperta, atque recitata sunt*; siendo lo referido costumbre recibida entre los Romanos en disposiciones no comunes, como se deduce de la *l.* 3. *§. Proindè, l. vltima, de tabulis exhib.* Rober. *lib.* 1. *rer. iudic. cap.* 3. como practicado el hazer muchos exemplares de vn testamento, *l. vnum testamentum,* 24. *ff. qui testam. fac. poss. l. si in duobus,* 10. *ff. de testam. quem aper.*

815 Lo quinto, porque esta convencido todo lo contrario, y acreditada la memoria de el señor Conde por todas las operaciones, palabras, y

ra-

razonamientos que se le observaron por los testigos en los actos de el dia Miercoles de el otorgamiento de el poder, referidos en el §. antecedente, conociendo, y llamando à las personas con quien comunicò, y tratò en ellos por sus nombres, discurriendo en lo que se ofrecia, de forma que no lo pudiera executar sin suppeditarselo la memoria, manifestandolo especificamente en los de mayor importancia, como fueron en el de el otorgamiento de el poder, y en el de el Viatico, expressando sobre el primero por sì que no estava para dilatarse en hazer testamento; condescendiendo en el otorgamiento de el poder; cuya eleccion es producida con el discurso juntamente de la memoria, haziendo reminiscencia de la brevedad necessaria para lo uno, y dilacion que requeria lo otro; teniendola firme juntamente en el nombramiento de heredera, y testamentaria hecho en la señora Condesa, destinacion de el entierro en su Convento de Loeches, y sobre aver nombrado assimismo por si à los demàs testamentarios; añadido al señor Don Luis de Haro la calidad de mi sobrino, al señor Duque de Medina de las Torres la de mi hijo, al Cardenal la de Borja; mi señor; repreguntado de que Cardenal avia sentido, por averle nombrado indistintamente, y sin semejante calidad; y sobre el segundo de el Viatico, diziendo el Credo, y la Confessìon integramente, y sin error, ni equivocacion alguna, respondiendo con conocido, y evidente concierto, y consequencia à las preguntas de el Parrocho, siendo vnicamente solitas de este acto, con lo demàs que sobre èl, y sobre el de la comida, expressaron los testigos, y que depuso Doña Iuana de Velasco, en que contestan otros.

816 Lo sexto, porque todo lo referido lo reconocieron, y confessaron el Padre Ripalda, y el Doctor Cipriano de Maroja, como lo ponderamos con las palabras deducidas de sus deposiciones en los numeros 659. y 660. de este informe, conviniendo con lo depuesto por los testigos de los señores Duques.

817 *Ex quo nihil interest*, que el Doctor Maroja en el *num.* 727. de el memorial, donde se contiene parte de este reconocimiento, le pusiesse la qualidad de que no inferia la integra capacidad de el señor Conde, por la firmeza de la memoria sobre estas palabras, atribuyendolas à la costumbre de dezirlas; porque esta qualidad para desvanecer la memoria merece el mismo desprecio que hizimos sobre desvanecer la integridad de el juizio, con lo fundado en los numeros 294. y especialmente desde el 663. y desde el 729. convenciendo ser agenas de el habito, y de la costumbre, y persuadiendo averlas producido el discurso, y eleccion de el entendimiento.

818 Lo septimo, porque quando *sine veri praeiudicio* el señor Conde huviesse tenido, *quòd negamus*, alguna diminucion en la memoria, y no la huviesse possèido tan integra, perfecta, y cabal como otra qualquiera persona robusta, y sana, *attamen* no por esto era intestable, *imò potius* en semejantes terminos, todos los Autores convienen en la aptitud de hazer

 testa-

testamẽto, y otros qualesquiera actos, que requieren capacidad, y memoria por la razon de la *l. hac consultissima, C. qui testam. fac. poss.* cuyas autoridades referimos *sup. num.* 299. añadiendo aora à ellas otra de Zacch. en el *tom. 3. quæst. 4. lib. 10. cons. 18. num. 4.* con Galen. *lib. 4. de loc. affect. cap. 2. & dict. lib. 10. decis. 62. num. 72.* Barbos. *vot. 11. num. 14.* Paul. Rub. *resol. pract. cap. 16. num. 432.* ibi: *Prædictum argumentum de quo supra, quòd furor alicuius benè posit deduci ex eiusdem inordinata memoria est satis superque leue (vt dixi) & nisi alia plura adminicula concurrant ad præsumendam insaniam, vel furorem, nullius est roboris; nam habere memoriam inordinatam est potius indicium obtusi ingenij, quam probabile indicium stultitiæ.*

819 Lo octavo, porque con superior motivo corre lo precedente quando aun perdida *pœnitus* la memoria, se puede conservar la razon, segun la opinion de Zacch. *dict. decis. 62. num. 8.* ibi: *Sed neque inde perdita prorsus memoria semper, ac de necessitate lædi rationem, & auctoritatibus, & exemplis ab experientia petitis firmandum est*, ita Casasblanc. *lib. 1. practic. cap. 14.* Marcel. Donat. *lib. 2. de med. hist. mirab. cap. 2.* siendo la razon la que con Aristoles, y Averrois refiere Zacch. *dict. cons. 18. num. 7.* ibi: *Addendum est his, quòd cum hæ facultates, requirant non solum diuersa instrumenta, sed etiam diuersimode temperata, quia memoria requirit instrumentum moderatè siccum, ratio autem moderatè calidum, vt Plato in Thæteto, & Arist. in lib. de memor. & reminisc. & cum eo Auerr. ibid. Et omnes alij Philosophi sentiunt, facilè inde deducitur lædi, posse vnam non solum illæsa manente altera; sed potius maiorem vigorem adempta, quia intemperies, quæ vni nocebit alteri potius adiumento erit*: lo qual recibe comprobacion de lo que dexamos referido *sup. num.* 812. con el exemplo de Mesala Corvino.

820 Con lo qual no pueden ser perjudiciales, ni ponderables por los señores Marqueses, ni el *cap. filij, 3. de hæretic. lib. 6.* ni la *l. 7. tit. 11. lib. 1. l. 5. tit. 5. lib. 3. fori, l. 4. tit. 11. part. 4. l. 13. tit. 1. part. 6.* porque aunque estas disposiciones prohibitivas de algunos actos, y entre ellos de hazer testamento hablan de desmemoriados: *attamen* deven entenderse, como se entienden, quando con el defecto de memoria copulativamente concurre la carencia de juizio, ò interviene fatuidad; y assi las concibiò el señor Gregorio Lopez *in dict. l. p. glos. Salido de memoria*; y Montalvo *in dict. l. 5. fori, glos. 6. En su memoria*, deviendose comprehender en esta forma el lugar de Don Iuan del Castillo *lib. 4. controu. cap. 28.* que refiere al de el señor Rod. Suar. y otros con las leyes citadas, aviendose explicado en el *n. 34.* ibi: *Ex attestationibus testiũ non solum, sed ex signis coniecturis, & præsumptionibus, quam plurimis apparebat dictam testatricem sanam mentis non fuisse tempore quo dictum testamentum cõdidit, imò valdè alienata mente dixisse, ac fecisse, & disposuisse nonnulla, quæ eiusdem furorem, & dementiam manifestabant sicuti de actibus pluribus testes deponunt*

ma-

manifestando juntamente en los terminos en que habla Castillo el no aver probança alguna en favor de la sana mente, *vt apparet, num.4.* ibi: *Cum eadem pars de sana mente eo tempore probationem aliquam non fecit, pars autē dictæ sororis non modo tēpore testamenti furorem probauerit, sed multò ante in furore, & in sana mente, testatricem fuisse concludenti probatione ostenderit*, añadiēdo en el vers. *Rursus, & tertiò*, averse verificado en aquel caso inordinacion de palabras fatuas, como responder la testadora à vna cosa preguntandole otra.

821 *Ex quibus*, siendo indispensable requisito, ò circunstancia el que con el defecto de memoria intervenga el de la fatuidad, demencia, ò insania, segun el concepto de las disposiciones precedentes, y autoridades que tocan à esta materia, devemos dezir que su ponderacion ha sido viciosa, *maximè* quando *ex abundanti*, tenemos comprobado ser el supuesto de la falta de memoria en el señor Conde, imaginario, è incierto, sin probança estimable que le persuada, y que està convencido por la que han hecho los señores Duques, verificando juntamente por las autoridades expressadas, que aun en los terminos de intervenir alguna diminucion de la memoria, pudo quedar, como quedò, testable, y aun conservando la integridad de la razon, *etiamque pœnitus* la perdiesse. Con que por todas consideraciones quedan desvanecidas las que se han formado por los señores Marqueses contra la capacidad de el señor Conde, dexandola nuestra cortedad preservada con evidencia, *vtinam fæliciter*, como lo esperamos, debaxo de cuyo supuesto passamos à otros discursos de los muchos que han conspirado para desvanecer, y destruir el poder de el año de 45. y disposiciones de la señora Condesa en su virtud executadas.

MEDIO TERCERO.

822 CAlificadas las nulidades que se opusieron por el señor Principe à la determinacion de la Real Chancilleria de Granada, y se mandaron reservar para difinitiva en el primero medio de este papel, y comprobada en el segundo la sana mente del señor Conde-Duque al tiempo que otorgò el poder del año de 45. debaxo de cuya disposicion muriò, sin que las oposiciones de furor, falta de memoria, argumentos de testigos, ni alguno de quantos medios pudo discurrir la industriosa literatura de los Abogados del Marquès de Leganès aya bastado para desvanecerle, y que no subsista, como con evidencia se manifiesta en este papel, se passarà (para que no quede nada sin satisfaccion) en este tercero medio à hazer demonstracion de que ni los defectos de solemnidad, ni las congeturas de falsedad que para desvanecerle, ò por sospechoso, ò por menos solemne ha inventado la destreza, pueden hazerle menos estimable, ni desvanecer su autoridad, y la justa fee, y estimacion que se le deve, para que en fuerça de su disposicion se declare la succesiō en su consequencia, y se desestime el testamento del año de 42.

823 Para proceder en esto con toda distincion, y claridad, y evitar la confusion de tantas sospechas de falsedad como las que se han opuesto, satisfacer à la invectiva de que el poder se hizo *ad interrogationem*, y a la que (el executarle) procediò *de falsa causa*; y por no tener en la memoria el testamento de el año de 42. como para convencer que este poder de el año de 45. no fue menos solemne, ni que en èl huvo defecto alguno de quantos se le oponen de solemnidad; dividirèmos este tercer discurso en dos puntos principales de defensa, separando cada vno por §§. distintos, assi para que la misma claridad, y separacion de cada vno evite la confusion en la variedad de tan diferentes conclusiones como las de que se compone; como tambien para que los señores Iuezes tengan algun alivio, pudiendo suspender el curso de las conclusiones sin embaraço de bolver à reconocer las ya especuladas, y entendidas.

824 Y porque mira, y tiene connexion mas precisa con lo fundado en el segundo medio el hecho de si huvo falsedad, y las sospechas que se arguyen, como el de si fue otorgado el poder *ad interrogationem, vel ex falsa causa*, lo pondrèmos por primero, reduciendolo à dos principales de defensa.

825 En el primero calificarèmos, que las sospechas de falsedad opuestas por los Abogados del Marquès de Leganès, son todas desestimables, y que lo son tambien los dos defectos de suponer el poder otorgado *ad interrogationem*, y que se executò con falsa causa.

826 En el segundo punto desvanecerèmos los defectos de solemnidad que se oponen à este poder del año de 45. otorgado ante Bernardino de Benavides, Escrivano de el Numero, y Ayuntamiento de la Ciudad de Toro.

Primero Punto de defensa.

Que las sospechas de falsedad opuestas por los Abogados del Marquès de Leganès, son todas desestimables, y que lo son tambien los dos defectos de suponer el poder otorgado ad interrogationem, y que se executò ex falsa causa.

827 TOdo el cuidado de los Abogados del Marquès en su defensa (no aviendo podido calificar en el señor Conde-Duque furor al tiempo de otorgar el poder, ni lograr el que se tuviesse por desmemoriado (defecto tambien, tal que aviendole podia viciar esta disposicion) ha sido discurrir (porque en la verdad no es otra cosa) que en el señor Conde faltò voluntad, y para esto se valen de fomentar entre todas las sospechas de falsedad, tan estendidas en las disposiciones legales las que à su arbitrio les parecen mas à proposito, y capaces de que cō ellas se pueda, aunque sea con violencia, torciendo el sentido, y arrastrando la disposicion legal, hazer alguna armonia; y no ay duda que en esto excede su discrecion

de

de lo que permite à su empleo la *ley quisquis, C. de postuland.* ibi: *Ante omnia vniuersi aduocati, ita præbeant patrocinia iurgantibus, non vltra quã litium poscit vtilitas in licentiam conuitiandi, & mali dicendi temeritatem prorrumpant, agant quòd causa desiderat.* Y de lo que previno San Bernardo *lib. 1. de consideratione ad Eugenium, cap.* 10. hablando de los Abogados que exceden de las justas, y proporcionadas defensas: *Sapientes sunt, vt faciant malum, eloquentes vt impugnent verum.*

828 Y por esta razon desearèmos convencer la afectada apariencia de tantas sospechas de falsedad como se oponen; arreglandonos à lo mas preciso para convencerlas, procurando manifestar en la satisfaccion que seguimos los passos de la verdad, de las leyes, y de lo justo; observando la disposicion del Emperador Iustiniano en la *ley nemo, C. de sentent. & interlocut. omn. iudic. Veritatem, & legum, & iustitiæ sequi vestigia sancimus.*

829 No cabe dexar de dezir que inventaron todas estas sospechas sin mas motivo que el del ligero fundamento de vn brocardico, que dize, que en los juizios civiles bastan sospechas de falsedad para quitar la fee al instrumento, sin acordarse que es necessario que estas sospechas sean estimables, tengan comprobacion, y los demàs requisitos que previene la disposicion legal, como el que estamos en la limitacion vniversal, y destructiva de todo esto; que es la probança, y calificacion que demuestra la verdad, y desvanece estos humos de presumpciones.

830 Poco inconveniente tiene el conformarnos con la proposicion de que hazen fundamento para entrar en las congeturas de falsedad los Abogados del Marquès, que se reducen, à que quando se trata civilmente de la falsedad, es menester menos justificacion, ò probança que quando se opone criminalmente, conforme à la regla de la *ley penultima, C. ad legem Cornel. de fals. el capitulo ad falsariorum, de crim. fals. vbi ciuilitèr agitur minus est agendum,* y otros textos; dando la razon de diferencia Bald. en la *ley fin. C. de probat. Quià in causà criminali agitur de auferenda fide instrumento, & reo eius criminis damnando: in causa verò ciuili nihil agitur de reo, sed de fide dumtaxat instrumenti.* Y de esto nace el brocardico, de que bastan presumpciones, y sospechas para quitar la fee al instrumento, sobre cuya conclusion juntaron muchos DD. citando à Menoch. Mascard. Farinac. y otros Don Iuan del Castillo *tom. 4. cap. 27. num. 56.* Dom. Larrea *decis. 96.* Barbos. *vot. 68. num.* Noguer. *alleg. 26. à num.* 147.

831 Y aunque no es esta regla sin limitacion; porque como dizen otros muchos DD. no se quita la fee al instrumento con solas sospechas extrinsecas, sino es que se necessita que sean visibles, y consten del mismo instrumẽto, como previene Paul. de Castr. *in leg. iubemus, C. de probationib. Quòd quando suspitio oritur aliunde, quam ex inspectione scripturæ, tunc Iudex stabit scripturæ publicæ, & authenticæ, quousque probetur contrarium;*

rium; siguiendo esto mismo Farin. *de falsit. quæst.* 58. *num.* 15. Noguer. *dict. alleg.* 26. *num.* 146.

832 Con este motivo tan debil passan à exclamar, que si vna presumpcion sola basta para destruir la fee de vn instrumento, como se deveràn estimar tantas quantas son las que oponen? como si cada vna fuera evidente, y todas convencieran de falso el poder de Toro, sin acordarse de q̃ ni vna, ni muchas no bastan para alterar la fee del instrumento, sino es q̃ sean tales que cō ellas el animo de los señores Iuezes se convença à creerlas, sin que aya Autor en la Iurisprudencia que sin esta calidad las estime, notalo bien la Glos. *in cap. fin. de crim. fals. Nisi paucarum litterarum rasuras, quæ nequaquam sapientes in dubitationem vertere debuerunt*, Bayard. *in clarum, §. falsum, num.* 239. Surd. *cons.* 132. *num.* 8. *& cum aliis* Farinac. *quæst.* 132. *num.* 27.

833 No se podrà tampoco negar, que aunque en lo civil se admitan congeturas para quitar la fee al instrumento, por considerarse menos perjuicio que en lo criminal por la doctrina de Baldo: con todo esso ay causas en lo civil tan graves, que son mayores que muchas criminales, y si no vean que sucederia si por alguna sospecha de estas se pudiesse cabilar, y pensar en prevertir la fee de este instrumento, y desvanecer la vltima voluntad de vna disposicion, como la del señor Conde-Duque, y por esto assentaron los Autores, à quien sigue refiriendo à Paulo de Castro, Abbas, Felin. y Cravet. Sccac. *de iudic. lib.* 2. *cap.* 9. *num.* 135. limitando esta regla de la diferencia entre causas civiles, y criminales, quando las civiles son arduas, porque entonces corren sin distincion, *& pari passu ambulant.*

834 Demàs, de que si esta regla no tuviesse tantas limitaciones, y tan estimables en lo legal, no huviera instrumento legitimo, testamento valido, ni contracto subsistente, porque todos padecieran las voluntarias oposiciones que el perjudicado en ellos les quisiesse hazer, procediendo esto de tal manera, que aunque las sospechas en lo visible sean estimables, y las presumpciones graves, y vehementes, solo sirven para suspender la estimacion del instrumento à que se oponen, mientras que califica la verdad, ò manifiesta su integridad el que se vale de ella, como despues de la *ley Præbemus*, 24. se asienta en la Authent. *apud eloquentissimum, Cod. ad legem Cornel. de fals. Omnes qui scripturas suspectas comminiscuntur, cum quid in iuditio promiserint, nisi ipsi adstruerint veritatem, vt nefariæ scripturæ reos, & quasi falsarios esse detinendos, sed hoc in ciuilibus tantummodo, sed in criminalibus testes, apud Iudicem examinandi sunt, & cum res exegerit tormentis subiiciendi.*

835 De esto procede el ser conclusion elemental el que aunque se admita impugnacion contra el instrumento, deduciendo presumpciones, y sospechas de falsedad para que no se le dè fee, se le permite, y tiene libertad el que se funda en el instrumento para elidir, y desvanecer todas estas presumpciones, ò por el medio de otras, ò por el de mayor justificacion, ci-

tan-

tando Inocencio, Butr. Ion. Andr. Vela, Mera, Farinac. y otros, lo resuelve assi Alexand. Ludov. *decis.* 245. *num.* 2. y Parej. *de instrum. edit. tit.* 1. *resol.* 3. §. 2. *num.* 29. & 30. ibi: *In quibus aduertendum summoperè admonemus, quòd si ex parte illius contra quem producitur instrumentum similes suspitiones allegentur; & ex parte producentis aliæ etiam in contrarium afferantur pro corroboratione & validitate ipsius instrumenti, in hac specie admittendum venit regula illa à Doctoribus tradita, videlicèt, quòd vna præsumptio tollit aliam, leg. Diuus, 8. cum ibi notatis. ff. de in integrum restitut. & in concursu præsumptionum sicut plures superant pauciores, ita & fortiores vincunt debiliores.*

836 No pudiendose negar la regla de que aun en terminos de darse igualdad entre las congeturas que miran à desvanecer la fee del instrumẽto con las que favorecen su verdad, y mantienen su existencia, vencen las que le conservan à las que le destruyen, como el que aunque contra el instrumento aya sospechas graves, aunque sean de vicios visibles, estas ceden à la verdad comprobada del instrumento, *leg. fin. ff. quod met. cau. leg. cum de indebito, §. fin. in fin. ff. de probat. leg. vnic. §. accedit, vbi glos. verb. Præsumatur, Cod. de rei vxor. act. leg. iubemus, Cod. de probat.* y lo que como regla juntaron refiriendo los antiguos, Farin. *dict. quæst.* 152. *num.* 6. *in fin.* Parej. *loco relato, num.* 30. & *num.* 32. ibi: *Vndè communis extat DD. traditio, quòd instrumentum de falso suspectum licèt regulariter fidem non faciat, hoc tamen fallit, quando ex alijs fides eius comprobari potest, etiamsi instrumentum vitio visibili laboret; nam tunc etiam fides suppleri potest viua voce testium, & alijs adminiculis, quæ reddant certum, &c.*

837 Y hallandonos en los terminos de vnas presumpciones, y congeturas, no solo no vehementes, no visibles; pero tales, que son despreciables, y con vn instrumento estimable, no borrado, no cancelado, y notoriamente comprobado, de nada servirán, ni los discursos para inventar sospechas, ni las sospechas fundadas en discursos imaginarios, leves, fribolas, y temerarias, como considerò bien Farinacio *dict. quæst.* 152. *num.* 27. *Septima est distinctio inter præsumptiones, leues, modicas, fribolas, aut temerarias, & præsumptiones graues: vt primò casu præsumptiones non sufficiant, nec ad condemnandum criminaliter, nec ad tollendam fidem instrumento.*

838 Con el supuesto de estas reglas, y sin poderse fundar en otras, se animan vnos Abogados doctos, como los del Marquès, llevados solo de la afeccion de la causa, contraviniendo à la *ley quisquis, Cod. de postuland.* y incurriendo en la censura de San Bernardo a dezir, que el poder fue falso, y que contiene los tres requisitos que le comprueban tal, como son *immutatio veritatis, dolum, & alteri nocumentum*, y que esto lo comprueban con diez y ocho presumpciones de falsedad que inventan, quando los mismos testigos de que se valen, los argumentos de que se visten, y las circunstancias con que quieren adornar las sospechas de falsedad, los estàn

con-

convenciendo; y assi omitiendo lo que es herir, passarèmos solo à satisfacer las congeturas de falsedad, pues satisfechas estas, se hallarà convencida la temeridad de proponerlas, aunque es preciso detenerse en ellas, es solo por ser muchas, no por ser eficaces, ni precisas.

§. Primero.

Sospecha primera de falsedad.

839 ESta se fabrica voluntariamente, y sin apoyo legal, ni fundamento, y antes contra las reglas, diziendo, *que por que se otorgò el poder ante Benauides ay sospecha de falsedad*; pues no aviendose otorgado otro instrumento en la casa del señor Conde-Duque ante èl, se presume introducido por los interessados, y para fundar esto no tuvieron mas apoyo que el de Noguer. *alleg.* 26. *num.* 127.

840 Iusto fuera no satisfacer esta sospecha, porque sobre no serlo, descubre la ceguedad con que se discurriò, pues el que antes se huviessen otorgado, ò no instrumentos ante Benavides, que fuesse, ò no fuesse Escrivano de la casa, ni pribava la libre facultad de poderle llamar, porque esto no tiene prohibicion en derecho, ni puede inducir la sospecha que se forma; pues antes bien el aver llamado à Benavides Escrivano del Numero, y Ayuntamiento de la Ciudad de Toro, persona de tanta legalidad, y en su instituto el de màs credito, fee, y estimacion que avia en aquella Ciudad, era el mas propio para vna disposicion, poder, ò testamento de vn Principe tan grande como el señor Conde-Duque; y si por llamar para otorgar vn testamento al mas conocido solo por que ante èl no se avian otorgado otros instrumentos se pudiesse formar congetura, mala estaria la fee, y mucho padeceria el credito de Andrès de Caltañazor, y otros hombres que le han precedido, de los quales ha sido tal y tan estimable la fee, que solo con ella se han tenido, y tienen por invariables, y ciertas las disposiciones y instrumentos otorgados ante ellos; y para que se vea quan sin reflexion discurrieron para esta sospecha, la misma doctrina de Noguer. *dict. num.* 127. los convence, pues lo que asienta Noguer. por la doctrina de Mascard. Veral. Farinac. y otros, es, que es sospecha el que vn instrumento de gravedad no se otorgasse ante Escrivano, estando en parte donde avia copia de ellos: luego conforme à Noguerol otorgado el testamento ante Escrivano, y Escrivano el primero, y de primera estimacion, no solo no serà sospecha de falsedad; pero antes bien se calificarà el instrumento: y sobre arguir con lugares que los convencen, està ociosa la satisfaccion, y assi passarèmos à la segunda sospecha.

Sospecha segunda.

841 INducese esta sospecha por el extraordinario medio de dezir; *que el Escriuano no inquirio la sana mente del testador para otorgar el poder, quando no cabia que ignorasse el achaque que padecia el señor Conde, ni darse por desentendido de èl; y quando por auerse reido, y abraçadole, deuia conocer el defecto de juizio.*

842 Esta congetura tampoco tiene apoyo, y no conduce para que por ella se induzga falsedad en el poder; pues la primer parte que mira à que no inquiriò la sana mente, esto serà bueno para culpar al Escrivano de menos prevenido; pero no para que por que no huviesse hecho esta inquisicion influya sospecha en el instrumento; siendo constante, que como calificarèmos en la Sospecha siguiente, aunque se probasse la demencia, ò furor, no constandole que la tenia al tiempo de otorgar el instrumento, no cometiera delito el Escrivano: y lo que dize la Gloss. *in cap. licèt*, y en la *Authentic. de testib.* con la doctrina de Farin. *quæst.* 150. *à num.* 73. de que se valen es, que el Escrivano que omite lo que deve poner, ò pone lo que no deve, comete falsedad; pero no dize, ni ningun Doctor lo dize, que por que el Escrivano no inquiriesse la sana mente, no estando visible, y demonstrablemente delirante, cometa falsedad, ni induzca sospecha contra el instrumento.

843 Y el si se riyò, ò le abraçò, esto ya queda satisfecho en el punto segundo; y no es tampoco congetura de falsedad, respecto del instrumento, como con evidencia se reconoce.

Sospecha tercera.

844 REducese esta à que de no aver puesto el Escrivano en el poder la clausula ordinaria que se suele poner en los testamentos, *de que el otorgante estaua en su sano juizio*, se induce sospecha estimable de falsedad: esta tiene conexion con la antecedente, y assi en lo que no huviere quedado convencida, servirà la satisfaccion de ella para que vna, y otra queden elididas.

845 Fundase en que siendo costumbre, y estilo de este Escrivano el poner en todos los testamentos, que el testador estava en su sano juizio, no lo puso en el poder, como tambien que es de su obligacion, y preciso el ponerse. Para vno, y otro se trae *la alleg.* 1. *num.* 8. de Rod. Suar. y la doctrina de Dom. Molin. *de primog. lib.* 2. *cap.* 6. *num.* 24 & 25.

846 Para satisfaccion de esto suponemos, que segun la forma del poder, y el formulario de Monterroso *tract.* 7. *de las escrituras, fol. mihi* 128. donde pone la forma con que se ha de executar vn poder para testar, el Escrivano (segun el contenido de el del señor Conde) observò las mismas reglas que pone Monterroso, y en èl no pone clausula en que el Escrivano

deva declarar, ni dezir, que el otorgante estava en su sano juizio; con que en averle seguido, y no aver puesto la clausula de estar en su sano juizio, ni se puede inducir sospecha de falsedad, ni suponer, que el Escrivano lo omitiò cautelosamente: Lo vno, porque esta practica de Monterroso, no solamente se halla estimada, y calificada por Cevallos, y Carrasco del Saz, *ad quasd.leg.Recopil.cap.6.* §.4.*num.*23. y Bobad. *politic. lib* 3.*cap.*14. *num.*81.afirmando vna practica de Monterroso, dize: *Y esta practica tuuo expressamente Monterroso, al qual no dudamos de alegar, por tenerse por cierto, que su obra fue de vn Consejero grauissimo.*

847 Sino es que aunque huviesse errado, que no errò Benavides en seguirle, no se pudiera considerar esto culposo, ni capaz de deducirse de ello argumento de falsedad, por la regla de que no yerra el que para executar algun acto, ò determinar alguna causa, sigue la opinion de vn Doctor famoso, como assientan con Dec. Menoch. y otros, Cevall. *in præfat. commun.contra commun.ex num.*16. Pichard.*princip.instit. de oblig. quæ ex quasi delict. num.*13. Pater Sanchez *in Præcept.Decalog. lib.*1.*cap.*9. *num.*7. & 8. Navarr. Azor, & alijs relatis ab Archiepiscopo Tapia *tom.*1. *Cathen.Moral lib.*1.*quæst.*8.*art.*11.*à num.*12. Y si el Escrivano executò lo que dize Monterroso, y siguiò la practica de vn Autor estimado, y digno de seguirse, mal se podrà arguir, ni sospechas, ni falsedades, suponiendo que omitiò lo que el Autor à quien deviò seguir no le mandava poner.

848 Hazese esto mas preciso con que no solo en los poderes, pero ni en los testamentos ay ley del Derecho comun, ni del Reyno para que se deva precisamente poner esta clausula; de que el otorgante estava en su juizio; y lo mas que dize Rod. Suar. *alleg.*1. *num.*8. citado en contrario con la doctrina de Angel. es, que lo ponga el Escrivano, no *in vim præcepti*, sino *in vim consilij*, como lo confiessan los Abogados del Marquès; y esto no solo desvanece, pero antes apoya el no aver ley que lo mande, ni razon que motive sospecha si se omite. No siendo necessario el ponerla, ni dexarla de poner, porque no hiziera fee, ni probara el juizio, ni falta de èl; que el Escrivano dixesse lo vno, ò lo otro; como notan bien, refiriendo à Rod.Suar. Pedr.Surd.Angel. y otros, Cyriac.*controu.*334.*n.*27. Castill.*tom.*4.*cap.*88.*n.*41. y Padill.*in leg. sanum mente, Cod.de transact. num.*10. dize, que semejante omission en los testamentos no induce presumpcion de furor, ò demencia: *Sed quid si huiusmodi clausula mente sanum, sed egrum corpore, omissa sit à Tabellione, in dubio præsumptio est testatorem sanam mentem habuisse.* Demàs de que como assienta Menoch. *lib.*4.*præsumpt.*1.*num.*41. serà culpable quando el Escrivano omite las clausulas necessarias, y precisas, conforme à los formularios; pero no quando son superfluas, y no estàn en ellos.

849 Concurre con esto el que por la misma probança del señor Marquès, y sus decantados testigos, Ripalda, y Maroja, consta que el señor Conde tuvo mejoria el Miercoles que otorgò el poder, quietud, y co-

no-

nocimiento de todas las personas; y para excluir esta sospecha, le bastava, aunque *ex post facto* de aver otorgado el poder, se huviesse probado el furor, como asientan concluyentemente cum plurib. Ser. *decis.* 56. *num.* 8. Castill. *controu. tom.* 4. *cap.* 28. *num.* 54. *versic. Sexto quoque.* Y la razon es, porque aviendo probança de mejoria del furor, quietud del enfermo, conocimiento de las personas, y respuestas conformes al acto del poder que se executava, tiene por si la sana mente con que entonces se hallava.

850 La alegacion del señor Larrea 76. *num.* 27. con la doctrina de Soccino, de que por vna letra que faltò en la firma de vn Escrivano, se viciò vn testamento; y las ponderaciones que sobre esto se hazen son poco estimables, como el que se faltò à lo acostumbrado, pues esta costumbre de que habla el señor Larrea es tan agena de nuestro caso, como querer arguir de los rescriptos de la Rota la inobservancia del estilo, que quita, ò pone duda en la fee del rescripto, à vn poder, que ni requiere por precision la clausula que fingen, ni es astucta, ni los Practicos dizen que se deve poner, como hemos fundado, y funda tambien Parlador. *in pract. fol. mihi* 127. interpretando, y viciando la inteligencia natural, y la separacion de los casos, contra lo dispuesto en la *ley* 4. *ff. de iur. Fisc. Maiorem fraudem excogitasse videtur, qui non tam legem circumvenire voluit, sed & interpretationem legis.* Cuya disposicion, no solo sirve para convencer los Abogados del Marquès en la disparidad con que quieren aplicar el rescripto de que habla el señor Larrea al poder para testar; sino es en suponer, que por la falta de vna letra se convenciò de falso vn testamento, no diziendolo asi, sino es *convenit de falsitate*; y Menoch. en el *cons.* 199. *num.* 10. que tambien refiere, no dize *convincit*, sino es *arguit de suspitione.*

851 No queriendo dexar nada sin tocar, dizen, que el Escrivano en todos los testamentos otorgados ante èl, ponia esta clausula, y el no ponerla en este poder fue malicioso, y inductivo de la sospecha que forman, torciendo para esto la inteligencia de la *ley* 103. *tit.* 18. *part.* 3. la qual no dize que es de substancia del testamento el que se ponga esta clausula, ni tampoco lo es el que en los testamentos otorgados ante Benavides la ponia; porque no se hallò, ni se ha presentado poder alguno de Benavides hecho para testar en que la aya; con que no siendo los formularios de los testamentos los mismos que los de los poderes, sino es diferentes, como se reconoce, y puede ver en los DD. y no aviendo poder de este Escrivano en que aya puesto semejante clausula, ni es argumento el averla puesto en los testamentos, ni el que faltasse en el poder, puede inducir sospecha, y con mayor razon quando (como consta de los autos) repreguntado sobre esto mismo por el Iuez Comissario de probanças en la instancia de propiedad en la Chancilleria, respondiò la diferencia que avia del poder al testamento; y cierra con dezir, que *cumpliò en la forma de hazer el poder con lo que todos los Escriturarios assientan*, y nosotros hemos fundado.

Lo demàs que se dize en esta congetura sobre aver jurado la sana mente en la informacion, y que esta fue solicitada por èl, se omite, por no conducir al acto del poder para que se forma esta sospecha, y averse de tocar en otras partes de este punto.

Sospecha quarta.

852 FOrmase esta sospecha, ò presumpcion de falsedad, diziendo; *que para otorgar este poder se cerrò con cuidado la puerta de la pieça donde estaua enfermo el señor Conde*, y que este hecho se comprueba con la deposicion de Geronimo de Montealegre; la qual no negamos, ni que lo que depone en quanto à esto es, que luego que vino Benavides echaron fuera de la pieça donde estava el señor Conde à algunos de los que estavan en ella; y preguntandole, quienes quedaron? responde, que fueron tres, ò quatro, que los nombra, y que de los demàs no se acuerda, que se quedò fuera, porque cerraron con llave. Y para su ponderacion hazen dos discursos solo con esta deposicion: el vno, que el averse encerrado para otorgar el poder induce sospecha de falsedad, valiendose de la doctrina de Noguer. *dict. alleg.* 26. *num.* 121. y el otro, que no se permitiò el que entrasse nadie, ni aun el Oficial de Benavides, como èl mismo lo depone.

853 Pudierase desvanecer la malicia de formar esta sospecha con toda la notoriedad de los autos, pues de ellos (como và manifestado en todo el punto segundo) resulta comprobado, que no huvo tal encierro, y que concurrieron muchas personas, sin que este acto tuviesse afectacion alguna, ni para èl sea aplicable la opinion de Noguer. aun quando fuesse resolviendo, y no defendiendo, como lo haze en el lugar referido; pero omitiendo este medio, porque de èl estarà ya formado el juizio quando se llegue à hazerle de estas congeturas, satisfarèmos, y excluirèmos esta brevissimamente.

854 La comprobacion en que la fundan es en la deposicion de Geronimo de Montealegre, testigo singular, que esto le bastava; pero de tales circunstancias en los olvidos, y contradiciones que ay en el todo de su deposicion, que està convencido por ellas, como antes està fundado. Su empleo Cirujano, ò Sangrador, del qual, y de la loquacidad, y garrulidad de estos sugetos hizo mencion Plutarch. *de futili loquacitat.* y el Erasm. *in Adag. chiliat.* 1. *cent.* 6. *adag.* 70. y con ella no solo se quiere fundar vna sospecha estimable, sino es que se piensa poder desvanecer la fee de tantos testigos; y aun este no comprueba que estuvo cerrada la puerta, porque supone que se fue; demàs de que le convencen Ripalda, y Maroja, testigos sobre que se fabrica por los Abogados del Marquès su defensa, pues ninguno dize que fue à puerta cerrada; ni el Oficial de Benavides dize que le impidieron la entrada, como se supone en esta congetura, sino es *que èl se quedò en la antesala, &c.*

De

855 De esto resulta con evidencia la desestimacion de esta sospecha, y que el formarla no solo no tiene apoyo, ni fundamento; pero es vna mera animosidad de los Abogados, y vna aprehension tan engañosa; como la de pensar que por que dixesse vn Barbero, mal aconsejado, inducido, ò movido de su loquacidad, que se cerrò la puerta, sin que aya otro testigo para esto, se pueda formar semejante congetura: la lastima es la obligacion de aver de responder à consideraciones tan futiles.

Sospecha quinta.

856 FOrmase esta de que *el poder no le firmò el señor Conde-Duque, ni testigo alguno à su ruego*; y que esta es sospecha vehemente de falsedad, y para vestirla se alegan las disposiciones legales de la de la *ley hac consultissima, in princip. Cod. de testament. ley 13. tit. 18. part. 3. ley 1. in fin. tit. 1. part. 6. l. 13. tit. 25. lib. 4. Recop.* y mucha copia de lugares para fundar que el que haze testamento, ò otorga poder, le deve firmar, como tambien que esto no se pudo suplir con las firmas de los testigos, y que deviò firmar vno à su ruego, para que se cita despues de Bald. y Corn. Salicet. y Afflict. à Matienç. *in leg. 2. tit. 4. lib. 5. Recopil. glos. 6. num. 4.* y à Sesè *decis. 56. tom. 1. à num. 33.* y se valen de lo que sobre esto deponen los testigos sobre no aver podido firmar; fundando torres de viento en estas deposiciones.

857 Bien pudieramos salir brevemente de esta sospecha, ò congetura de falsedad, con dezir que de esto mismo se valen para los defectos de solemnidad; y que alli, como donde verdaderamente toca, es donde lo devemos satisfacer, y hazernos cargo; pero ya que son tan diestros los Abogados del Marquès que lo que discurren para sospecha de falsedad, lo saben acomodar tambien à defecto de solemnidad, nos ceñirèmos aora à excluir esto por lo que mira à sospecha; reservandonos en lo demàs para lo que puede influir en defecto de solemnidad.

858 No ay texto, ni autoridad de las que citan que digà, que por no poder firmar el testador el poder otorgado para testar por impossibilidad, ò impedimento sea nulo, è invalido, ò se tenga por sospechoso, y solo previenen la *ley hac consultissima*, y las demàs leyes, y AA. referidos, que en los testamentos firme pudiendo; pero si esta formalidad se huviesse de observar no pudiendo firmar el testador, no huviera testamento, ni disposicion valida, ni vieramos, como se vè cada dia estimados los testamentos, quando consta que no pudo firmar, aunque probò à hazerlo por impossibilidad, como se comprueba con evidencia por todos los testigos de que se valen, pues vàn conformes en que no pudo firmar.

859 Demàs, de que sin cansar à los señores Iuezes no es menester hazer memoria de otra disposicion que la de la *ley 3. de Toro*, observada, y practicada, y en ella se dize expressamente, que en el testamento abierto

se observe la ley del ordenamiento, en quanto à numero de testigos, y en el testamento cerrado, que llaman *in scriptis*, ayan de firmar (son palabras de la ley) *encima de la escritura del dicho testamento, ellos, y el testador, si supieren, ò pudieren firmar; y sino supieren, y el testador no pudiere firmar, que los vnos firmen por los otros*, sin que ni la ley, ni Ant. Gomez, tan digno de citarse, glossador de ella, digan que precisamente deve firmar el testador aun en el testamento *in scriptis*, ni que el que firmare por èl sea rogado. Y fundandose toda esta congetura, en que se explayan tanto los Abogados del Marquès en que no firmò el señor Conde-Duque, ni testigo rogado por èl, no siendo esto necessario, ni requerido por la ley, queda desvanecida esta congetura, y con el ventajoso apoyo de tantos testigos de vista de que no pudo firmar, como los mismos que traen para hazer argumento de ellos.

860 Y aviendo fundado en la satisfaccion à la sospecha tercera que el Escrivano executò el formulario de Monterroso, y la practica que refiere Parladorio, sin faltar en nada, desvanecida queda esta sospecha, pues el poder se executò con la formalidad, y solemnidad necessaria.

861 De dos partes se compone lo que mira à las deposiciones de tantos testigos como traen los Abogados de el Marquès, no para fundar, sino es para confundir esta congetura de falsedad, y para no referirlos, aunque nos apartemos de lo que antes para excluirla en otros papeles, se avia fundado, por no repetir, se reduce à que en estas deposiciones por lo respectivo à esta congetura, todos vàn conformes en que no pudo firmar, y en lo demàs para que los mezclan, que es la segunda parte: esta no conduce, y toca al punto segundo del furor en que quedan satisfechas latamente.

Sospecha sexta.

862 EN substancia cõsiste en que el poder se escriviò en la pieça de afuera, y que le dexò imperfecto el Escrivano hasta hazer la prueba si el señor Conde podia firmar, arguyendo de esto en la forma siguiente: *Que si se otorgò quando se le leyò, ò quando se hizo la prueba de si podia firmar en vno, ni otro tiempo, quedaua legitimamente otorgado, pues esta diligencia se hazia sin que huuiesse testigos puestos, ni se supiesse los que lo auian de ser*, deduciendo el que conforme à derecho es requisito indispensable que los testigos estèn puestos en el instrumẽto al tiempo de otorgarle, y tengan ciencia de su contenido, como resulta de la *ley si vnus, leg. dictantib. leg hac consultissima, Cod. de testam.* y casi los mas textos, y DD. que se citaron para la sospecha antecedente, à que se añade, Anneus Robert. *rer. iudicat. lib. 2. cap. 10.*

863 No se comprehende por donde puede aplicarse esto, aun quando fuesse cierto el hecho que se supone à sospecha de falsedad, pues conocidamente mira este reparo à defecto de solemnidad; pero no à la congetura à

à que se aplica, ni de esto se puede arguir malicia, falsedad, ni otra circunstancia que pueda ser sospechosa; y con mayor razon quando ninguna ley de las que se citan, ni Autor de los que se refieren, como se puede reconocer en Antonio Gomez *in leg. 3. Taur. à num. 20.* Aceved. *in leg. 3. tit. 4. lib. 5. Recopil. à num. 56.* Valasc. *consult. 183.* D. Covarr. *in cap. cum esses, de testam. num. 3.* requiere que los testigos ayan firmado, sino es solo que se hallen presentes, y oygan la voluntad, que es el acto que valida la disposicion, como expressamente lo dize la *ley fin. Cod. de testam.* ibi: *Sic tamen, vt ipsi testes cognoscant testatoris voluntatem, & maximè quem, vel quos hæredes sibi relinquere voluerit*; en que van conformes todos.

864 De esto nace quan agena de razon es esta sospecha, quan sin fundamento se pone, y como se violenta el sentido à las leyes, y se tuerce la consideracion de los AA. para hazerlo, y mas à vista de constar que se observò lo que previene la *ley 54. tit. 18. part. 3.* y dize Aceved. à quien refiere Pareja *de instrum. edit. tit. 1. resol. 3. §. 1. num. 10.* y mas justamente constando indubitablemente quantos se hallaron presentes al tiempo de leer el poder de procurar que le firmasse el señor Conde, y que de su misma pieça saliò firmado de los testigos necessarios, y que solo se llenò el blanco de los nombres de los mismos testigos que le avian firmado; y assi no es justo gastar tiempo en satisfacer aprehensiones, con que passarèmos à otra sospecha.

Sospecha septima.

865 FOrmase esta, diziendo, que fue nimia cautela del Escrivano, y prevencion sospechosa, y que arguye falsedad el aver hecho *que firmassen los cinco testigos, bastando vno que lo hiziesse por el testador.* Y para esto se trae ponderada *à contrario sensu* la *ley quis sit fugitivus, §. apud Labeonem, ff. de edil. edict.* a Ioseph Ludov. *decis. 313. num. 12.* Sesse *decis. 118. num. 17.* y con otros Farinac. *de falsitat. quæst. 153. num. 162.* Fontanel. *decis. 580. num. 8.* Giurb. *cons. 54. à num. 14.* y Noguer. *alleg. 26. num. 129.* reduciendose todos estos apoyos à que la nimia cautela no convence; pero sirve de argumento, ò presumpcion de alguna fraude en el instrumento.

866 Bien pudieramos por que no nos embaraça omitir la satisfaccion, assi porque esta especie de sospecha no es estimable, y era necessario adminicularla, con otras muchas circunstancias que requieren los AA. que citan para apoyarla, y pondera Fontanela en la *decis. 580.* las quales no ay, como por que por la disposicion de la *ley si res gesta, ff. de fid. instrument. cum vulgat.* la cautela que mira à mayor seguridad del acto que se executa, esta no solo se tiene por sospechosa, sino es que antes se estima, y no se puede, ni deve tener por insolito, ni por malicia en el Escrivano el que hiziesse firmar à los testigos quando concurrieron tantas personas en el acto del poder, y no tenia embaraço el hazerlo, y el acto que se executa-

tava era de persona tan autorizada como el señor Conde-Duque; demas de que como dize Farinac. *dict. quæst.* 153. *en el num.* 162. que se cita en contrario, no procede semejante presumpcion quando el modo, ò forma insolita es bueno, y laudable, ibi: *Declara eandem præsumptionem non procedere quando insolitus modus est bonus, & laudabilis.* Y aun esto no huvo, porque los testigos quisieron firmar, y no fue solicitud del Escrivano, sino es casualidad, siendo cierto que si èl creyera que avia de tener tales glossadores de sus acciones, ninguna cautela, ò prevencion, por nimia, y exquisita fuesse, pudiera, ni deviera tenerse por sospechosa; pero esto es desgracia de que encontrassen con las sospechas que trae Noguerol en la alegacion referida para el caso en que escriviò, pues quantas aplicò en la defensa de aquel pleito, las han querido (aunque no vengan) acomodar à este.

Sospecha octaua.

867 ESta presumpcion de falsedad se quiere inducir de que *los testigos instrumentales del poder fueron criados del señor Conde, familiares, y interessados, y que el no auer vsado de otros en vna Ciudad como la de Toro, y en vna casa donde huuieran concurrido tantos; haze infalible la sospecha*, notando para esto la *decision* ya referida de Fontanela 580. *num.* 11. *in fin.*

868 Bien se pudiera escusar la satisfaccion, porque esto vnicamente mira à defecto de solemnidad, y no puede, por mas que se estire, corresponder à sospecha de falsedad para inducir con ella defecto de voluntad en el señor Conde; pero lo que quedare satisfecho en esta sospecha, lo escusarèmos en lo que mirare à defecto de solemnidad, y assi con brevedad quedarà respondida.

869 El argumento se haze con la decision de Fontanela, el qual hizo la ponderacion por defecto de solemnidad para desvanecer la fee de vn testamento, en que no avia avido mas testigos que mugeres, y esclavas; y en este del señor Conde los testigos (aunque criados) fueron personas de tanta estimacion, que por sì aun con los mas estrechos ruegos de sus dueños nunca obraron lo menos justo; y aun el Doctor Maroja, vasa sobre que fundan los Abogados del Marquès sus edificios, que no era criado, y fue testigo instrumental: en quanto à esto dize, *que el poder se otorgò en su presencia, y que el señor Conde dixo que le queria dar à la señora Condesa, y que la dexaua por heredera, y por testamentaria, que se queria enterrar en su Conuento de Loeches*; y esto solo bastava para despreciar esta sospecha; porque aunque añade despues, *que à su parecer no estaua en su juizio*, esto no mira à solemnidad, ni à question de voluntad, sino à la parte del furor que queda satisfecha en el punto segundo.

870 Y si se atendiesse al tiempo de otorgar el poder, que fue à las siete de la mañana, y que este acto es tan domestico, que en èl se tienen por ido-

idoneos los criados, y familiares de la casa; como frequentemente lo vemos practicado, no se huviera formado esta sospecha; y con mayor razon no pudiendo ignorar tan diestros Abogados la regla *de la ley consensu*, 8. *§. servis, 6. versic. Super plagis, Cod. de repud.* ibi: *Quoniam non facilè, quæ domi geruntur, per alienos poterunt confiteri*, vbi DD. *leg. quoties*, 5 *Cod. de naufrag. lib.* 11. *at illa verba duorum, vel trium nautarum quæstione habita.* Farinac. *latissimè tit.* 6. *de opposit. contr. testes, quæst.* 55. *ex num.* 36. Mascard. *de probat. conclus.* 124. *num.* 48. *& conclus.* 533. *num.* 15. Bobad. *lib.* 3. *politic. cap.* 8. *num.* 102. y lo assienta expressamente *la ley* 11. *tit.* 1. *part.* 6. y en ella Greg. Lop. en que semejantes testigos se tienen por idoneos, y el que pudiessen concurrir otros, y no concurriessen, no es sospecha, ni puede serlo.

Sospecha nona.

871 NO comprehendemos como se forma, por dezirse en ella, *que faltò vno de los testigos instrumentales, que fue el Doctor Maroja, diziendo, que suena instrumental en el poder, y que este testigo comprueba, que estaua incapaz al tiempo de otorgar*: queriendo deducir de esto, que faltò vn testigo de los precisos, y necessarios para la validacion del testamento, porque dize este Doctor Maroja, que estava incapaz el señor Conde al tiempo de otorgar el poder; y sobre el supuesto de esta transmutacion de vozes, que no es otra cosa, se fabrica vna sospecha, y se viste con variedad de conclusiones, repetidas por muchos numeros, reduciendose todas à la de que faltando vno de los testigos precisos del testamento, y testificando contra su contenido, haze que vacile su fee, y comprueba de invalido el poder, ò testamento, *l.* 1. *§. si quis neget, ff. quemadm. testam. apperiant*, vbi repetentes Valasc. *consult.* 183. *à n.* 12. D. Covarr. *lib.* 2. *variar. cap.* 13. *num.* 11. *vers. Secunda conclusio ad medium*, Ses. *decis.* 119. *num.* 18. D. Larrea *alleg.* 95. *num.* 6. los quales todos con la disposicion de la *ley* 13. *tit.* 14. *lib.* 5. *Recop.* se reducen à assentar, que quando vn testigo de los instrumentales de vn testamento, ò poder, le contradice, y repugna su contenido, entonces se tiene no solo por sospechoso, sino es por menos solemne.

872 Estàmos tan conformes con esta proposicion, que antes bien la exclusion de esta sospecha la devemos fundar en ella, pues le falta el supuesto sobre que vàn los DD. y textos para fundarla, que se reduce à que niegue vno de los testigos instrumentales aver assistido à el acto de executar el poder, ò testamento, ò niegue su contenido; y està tan ageno el Doctor Maroja de dar con su deposicion causa para esta sospecha, que antes bien (como assentamos en la Sospecha antecedente) no solo no niega la assistencia à el tiempo de otorgarse el poder, que fue testigo de èl, ni que en el acto de otorgarle intervinieße defecto alguno, sino es que antes bien lo afirma; pues como podrà caber el acomodar la conclusion del tes-

 tigo

tigo instrumental, que contradice el instrumento à la deposicion de Maroja, que no solo no le contradice, ni le impugna, sino es que antes bien assienta que fue testigo, que firmò, y se hallò presente; y assi no puede averse formado esta sospecha por la deposicion de este testigo, sino es que antes bien por ella queda mas calificado el poder, y mas comprobada la disposicion de la *leg.* 13. *tit.* 14. *lib.* 5. *Recopil.* y aun excluido el defecto de solemnidad para que podia servir mas eficazmente la consideracion que se ha hecho.

873 Y aunque se quiera dezir, que assentando el Doctor Maroja en su deposicion, despues de aver dicho su assistencia, que se otorgò en su presencia el poder, y que fue testigo de èl; añade las palabras siguientes: *QVE A SV PARECER NO ESTAVA EN SV IVIZIO QVANDO LE OTORGO EL SEñOR CONDE*, seguiràse de estas palabras vn discurso tal, como dezir, que con aver hecho juizio Maroja de que no le tenia el señor Conde, destruye el poder, aunque no niega aver assistido al acto de executarle; no porque no tiene mas apoyo que el que le quiere dar la imaginacion de quien se puso à formarle, pues no sirve para el acto del poder, y que este se considere valido, y legitimo el que al Doctor Maroja no le pareciesse (porque assi lo dize) *que estaua en su juizio el señor Conde*, por lo respectivo à sospecha, y solemnidad, porque esto solo puede servir para el punto del furor, y aun en èl no fuera estimable su deposicion, ni se le deviera dar credito, como queda latamente probado en el punto segundo, y lo notan Surd. *cons.* 414. *num.* 76. Gratian. *discept.* 843. *num.* 17. Ses. *decis.* 119. *versic.* 2. *num.* 34. Capic. Latr. *decis.* 192. *num.* 5. Giurb. *cons.* 78. *num.* 10. & alijs quam plurimis.

874 Y para salir de todo de esta sospecha tan mal fabricada, baste el apoyo de ser cierto en los autos, que el mismo Doctor Maroja fue el que assentò la mejoria del señor Conde, el que assistiò à el poder por lo que mira à solemnidad, y validacion, como testigo; que le firmò, y con su firma aprobò el acto; que por entonces, ni mucho tiempo despues no dudò, ni de la sana mente del señor Conde, ni de que el poder se executò legitimamente, sin defecto de solemnidad, sin induccion, y libremente: con que el querer, que solo por que dixesse muchos años despues, que le parecia que no estava en entero juizio, se desvanezca la fee de vn instrumento tal, es intentar vn impossible, y discurrir por ideas insubstanciales, quando quien pudiera quedar convencido de sospechoso era el Doctor Maroja, por esta especie de variacion tan despreciable en la disposicion legal, que no sirve para desacreditar el instrumento, sino es solo para hazer sospechoso de falso à el testigo que la tiene; como comprueban los DD. referidos en el numero antecedente. Omitiendo la satisfaccion de algunas ponderaciones, que no conducen, y el satisfacerlas solo sirviera de consumir papel.

Sos-

875 FOrman los Abogados del Marquès esta presumpcion para arguir de sospechoso al Escrivano Bernardino de Benavides, haziendole falsario por la donacion que otorgò de vna tabla franca en las Carnicerias de Madrid, de que hizo merced el señor Conde-Duque al hijo de vn Juan Vicente, criado suyo, assentando, *que supuso Benauides esta escritura, sin que la escriuiesse, la leyesse al señor Conde, ni este dixesse que la otorgaua*, haziendo exclamaciones de que faltò à la obligacion de su oficio; que contravino à la Pragmatica de Alcalà, que es la *ley 13. del titulo 25. lib. 4. Recop.* y à la regla de la *Authent. de Tabellionibus, §. illud quoque, ley 9. tit. 19. part. 5.* que disponen, que semejantes instrumentos no hazen fee, sino es escriviendose por registro, nota, ò formando membrete, y para esto se confunden los testigos, se perturba el orden de sus deposiciones, y se dize, que no huvo tal donacion, ni hizo tal suplica Iuan Vicente, ni el señor Conde oyò tal cosa, y que todo fue disposicion del Escrivano para resguardar con esta maquina el poder.

876 Todo esto se compone de vna fabrica imaginaria, inventada para hazer sospechosa la fee de Benavides, procurando que pues por razon del poder no pueden ofender la fee, estimacion, y credito que se le deve, las inducciones dèn causa à que se pueda dudar de èl, se ha procurado poner la duda en la donacion de la tabla de Iuan Vicente; arguyendo en ella de falso al Escrivano.

877 Pero reconocida la razon de esta falsedad, y falta de legalidad que se imputa à Benavides, se reduce à dezir, que no ay testigo que lo fuesse instrumental de la donacion, ni que deponga que esta se escriviesse, ni leyesse al señor Conde. Y aunque esto no sirve para inducir sospecha en el poder, quando fuesse cierto, seria bueno, y serviria para dezir contra la donacion; pero quando esto pudiesse tener aplicacion, no tiene mas fundamento, que dezir el Oficial de Benavides, *que auiendo sacado su Amo* (por lo tocante à esta donacion) *vn pliego de papel con vna firma de vn testigo en blanco, le llenò*; y el mismo Oficial para el supuesto que se haze de que no se escriviò, asienta, *que escriuiò la donacion, y que se la ordenò Benauides.*

878 Oponese tambien, que ningun testigo dize, que lo fuesse instrumental, ni dize que se le yesse al señor Conde; y diez testigos contestes, que estàn en el vltimo memorial, desde el folio 415. hasta el fol. 418. *num.* 1472. asientan, *que en su presencia otorgò el señor Conde dicha donacion ante Benauides, y que se executò la escritura, à que se remiten.* Y no teniendo incompatibilidad, ni contradicion de hecho, ni de derecho lo que dizen los testigos con lo que dize el Oficial de Benavides, pues cupo el llenar èl el instrumento fuera de la pieça donde estava el señor Conde, y leersele despues, como lo asientan los testigos referidos, no cabe el que se ha-

hagan ponderaciones de vn acto tan natural, tan sin violencia, y tan ageno de poderse considerar fingido, y con mayor razon quando no se examinaron para el fin de excluir esta sospecha, que tantos años despues se pusieron à discurrir los Abogados del Marquès, sino es para el fin de la consequencia que de este acto, como posterior al poder, se podia deducir para la sana mente del señor Conde. Y de esto se sigue, que este instrumento se executò sin defecto, pues consta se hizo la suplica por Iuan Vicente, que al señor Conde le pareciò justa, hizo la donacion en presencia de los testigos, se le leyò, y vino en ella; y esto mismo dixo la *ley 1. tit. de los testamentos*, ibi: *Deben ser presentes à lo ver otorgar tres testigos à lo menos*; y Mariençο *in dict. leg. gloss. 4.* dize: *Debere esse præsentes explicationi voluntatis testatoris*, assentando lo mismo los DD. del Reyno. Y esto es lo que concluyen los testigos.

879 Vease, pues, de què se forma esta sospecha, como se assienta por invariable, como se califica incapaz de satisfaccion, y como se le aplica la Pragmatica de Alcalà en la *ley 13. tit. 25. lib. 4. Recop.* requiriendo esta ley, que para que no se estime el instrumento, es preciso que no se aya escrito por registro, ò siquiera por membrete, constando, no solo que se escriviò en pliego entero, de que se compone el protocolo, sino que la escriviò toda, y la leyò en presencia del señor Conde, y testigos (como todos lo deponen) y no contentandose con esto, en mayor observancia de su puntualidad, y legalidad, no la diò signada hasta que estuvo puesta en el protocolo, que es lo que vltimamente previene la *ley 13. tit. 25.*

880 Demàs, de que aunque no lo huviesse executado assi, sino es solo estimado la donacion verbal, expressada por el señor Conde ante èl, y firmada del testigo en presencia de los demàs que lo fueron de esta donacion, tomando la substancia por minuta, no huviera faltado à la pragmatica, y formalidad de esta ley, que le permite el poderlo executar, como consta de sus palabras: *Y que aunque tomen las tales escrituras por registro, memorial, ò en otra manera, no las dèn signadas, sin que primero se assiente en dicho libro, ò protocolo*, citando copioso numero de Autores para esto, Pareja *de instrument. edit. lib. 1. resolut. 3. §. 1. num. 7. in fin.* Y aunque en esto tambien huviesse faltado, no se le pudiera acusar à Benavides de ilegalidad, ni falsedad, y solo fuera culpa de omision, y cargo ordinario de visita, como previene Pareja *dict. resolut. 3. §. 1. num. 15. signantèr. Vidimus pro modo culpæ arbitrio dominorum de Consilio, ex eo quòd apud ipsos, & in eorum protocolis reperta fuerunt, multa instrumenta rogata in papiro albo cum subscriptionibus partium tantundem, & alia innota, seu in memorialibus, & alia sine suscriptione testium.*

881 Siguese de esto, que no solo se ha podido formar semejante sospecha de falsedad por los Abogados del Marquès, sino es que el aver pensado en esto, valiendose de la Pragmatica de Alcalà, fue ilusion, ò concepto de que ni se avian de creer los testigos, ni se avian de entender las leyes, ni

se

se avia de comprehender la malicia con que esto se executava, todo parece que queda manifiesto probada la donacion, executado el instrumento conforme à la disposicion legal, sin faltar en nada, como el que quando huviesse faltado (que se niega) no era culpa que se pudiera elevar à ilegalidad, y falsedad, si solo à omision, y cargo de visita; y assi passarèmos à otra sospecha, aunque con la mortificacion de avernos obligado a responder à presumpcion tan injusta.

Sospecha vndezima.

882 NAda olvidan los Abogados del Marquès que pueda conducir à la idea que formaron, procurando destruir la estimacion, y validacion del poder de Toro; y assi se valieron para formar esta sospecha de la inverosimilitud que contuvo el acto de otorgarle, assentando: *que teniendo otorgado el señor Conde vn testamento tan acordado como el de el año de 42. le quisiesse en el aprieto de vna enfermedad tal confundir, anular, y revocar por este poder*: acomodando esta congetura, ò presumpcion, no solo à las consideraciones de quedar desvanecida su memoria de no poder aver comunicado con la señora Condesa todo su animo; sino à la de que por èl se prueba la continuacion del delirio, y que no pudo ser eficaz para revocar el testamento del año de 42. (y todo esto como no aplicable al hecho de congetura, lo omitirèmos, remitiendonos, como lo hazemos, à los lugares donde toca) reduciendose solo à la satisfaccion de que de esta inverosimilitud no se puede arguir presumpcion de falsedad; ni para esto pueden conducir por lo que notan Farinacio, Mascardo, Menochio, y otros antiguos, que citan los Abogados del Marquès, con el motivo de que la inverosimilitud del instrumento es presumpcion de falsedad.

883 Influye esta sospecha en el todo de la disposicion del señor Conde; y assi aunque en la verdad no hiere mas por el sonido que en la inverosimilitud; el alma de ella, manifestada por los Abogados del Marquès, es influir en el concepto de los señores Iuezes vna nulidad manifiesta de el poder, vn defecto de conocimiento del instrumento, ò disposicion que executava, y vn olvido total (para hazerle desmemoriado) de todo quanto tan premeditadamente avia acordado, y resuelto en el testamento de el año de 42.

884 Satisfechas plenamente se hallan en el segundo punto, que toca al furor, algunas de estas consideraciones, y otras no merecen satisfaccion; pues sanada la calidad principal del olvido, y falta de memoria: lo que mira à no aver querido destruir el testamento del año de 42. por la disposicion del poder, tiene satisfaccion separada en el segundo Medio de este Punto, quando excluyamos el primer defecto de solemnidad que oponen al poder; con que desvanecidas las vozes de que se fabrica la inverosimili-

tud, consiguientemente queda desvanecida esta sospecha. Pero para que esta maquina no quede sin alguna satisfaccion, remitiendola toda à lo fundado en el medio segundo, y à lo que se fundarà despues en este, devemos dezir, que segun el tiempo en que otorgò el poder el señor Conde, el estado en que se hallava, la postura de la vniversalidad de sus dependencias, separado ya del valimiento que avia gozado, y estrechez, y gravedad de la enfermedad que padecia, no pudo hazer cosa mas justa, mas acordada, ni mas conforme al tiempo, y al estado de su enfermedad, que la de otorgar este poder, revocando las disposiciones anteriores, y entre ellas el testamento del año de 42.

885 Esta razon no necessita de mas prueba, que de hazer reflexion al tiempo en que otorgò el testamento del año de 42. y que este (segun su contenido) era impracticable, y no podia dexar de considerarse estraño el que quisiesse morir debaxo de su disposicion, como el que nada era mas natural, aun sin atender la gravedad de la enfermedad, que el disponer en el estado del año de 45. el señor Conde, dando poder (como lo hizo) à la señora Condesa su muger, en quien sobre las soberanas prendas que la adornavan, concurrian los vinculos, y estrechez, confiança, y satisfaccion que previno la *Authent. vt Iudices sine quoquo suffragio, §. hæc omnia, leg. aduersus, Cod. de crim. expilatæ hæreditat.* y notaron Lelio Mancin. *de triplici iur. colat. lib. 1. cap. 3. 8. & 9.* Brison. *de ritu nuptiar. pag. 214. in magnis*, Renard. y otros, haziẽdo mencion tãbien de esto Aristoteles *Politic. lib. 1. cap. 8.* Cicer. *in lib. 1. de offic.* y expressò bien el señor Conde en el poder esta gran vnion, y satisfaccion q̃ previenen las leyes con la clausula que puso en èl; y sobre ser esto tan natural, se violenta la razon, y lo mas justo para inducir sospecha por inverosimilitud, quando se pueden acomodar dos consideraciones muy legales en apoyo de esta disposicion para que en su virtud se considerasse (aun quando huviesse sospechas de furor) la sana mente del señor Conde en el acto de el poder.

886 La primera, que aunque aya recelo, ò duda si quando se hizo vn testamẽto estava, ò no frenetico el testador, si la disposicion que otorgò fue cuerda, prudente, y conforme al estado presente de sus dependencias, y naturaleza de sus interesses, y tal q̃ otro sana y acordadamẽte le hiziera, assi se deve presumir por la forma, y substancia de lo executado que estava en su sano juizio, como assientan *post antiquiores* Roderic. Suar. *alleg. 1. num. 2. & 10.* Boer. *decis. 23. num. 88.* Cald. Pereir. *cons. 24. num. 6. & in comment. ad rubric. de inofficios. testam. num. 29.* Cesar Argel. *de adquir. posses. quæst. 3. art. 1. num. 10. & 62.* cum Farinac. Mascard. *& alijs*, Sessè *volum. 1. decis. 56. num. 6.* Noguer. *alleg. 25. num. 69.* Paul. Zach. *quæst. medic. legal. tit. 1. quæst. 3. num. 28.*

887 Y la segunda, que si este que dispuso, aunque fuesse frenetico, tenia algunas intermissiones, ò lucidos intervalos, solo con ser la disposicion cuerda, y conforme al estado del tiempo en que se hallava, basta para presu-

sumirse executada en el tiempo de la intermision, no de el frenesi, como lo afirman con Anton. Gom. y otros muchos Farinac. *part. 1. fragment. crim.* verb. *Furor, num.* 331. Castill. *tom. 4. controuers. cap.* 28. *num.* 49. Ciriac. *volum. 2. controu.* 329. *à num.* 32.

888 De esto resulta, que no teniendo violencia, ni el aver dispuesto por poder por el estado de la enfermedad, ni el averse dado este à la señora Condesa, con quien tenia comunicadas sus dependencias, no constando averse olvidado del testamento del año de 42. y siendo conforme à toda razon el que conociendo su contenido no le tuviesse por practicable el señor Conde, como no correspondiente al estado en que se hallava, mal se puede formar semejante sospecha; y formada justamente se deve despreciar, y con mayor razon quando aviendo dispuesto despues, y en virtud de este poder la señora Condesa, se experimentò el acierto con que avia puesto en su Excelencia toda su confiança el señor Conde, y no nada de lo que previno la *ley vnum ex familia*, 67. *§. item Marcus*, 10. *ff. de leg. 2.* cuya ponderacion omitimos remitiendonos à lo que sobre este texto assientan con otros Anton. Fabr. *lib. 2. coniecturar. cap. 2. & 3.* & Peregr. *de fidei commiss. art. 1. maximè in num.* 49. De que resulta quedar convencida, no solo la apariencia, sino es el animo con que se formò esta sospecha, sin que le quede ninguna inverosimilitud.

Sospecha duodezima.

889 Con el motivo de averse hecho vna informacion despues de la muerte del señor Conde Duque sobre el hecho de estar en su juizio, y entendimiento natural al tiempo de otorgar el poder, forman los Abogados del Marquès despues de aplicar el hecho de esta informacion para otras consideraciones, que algunas estàn ya satisfechas, y otras se satisfaràn en el discurso de este punto, esta congetura de falsedad, diziendo, *que semejante celeridad, y cautela arguye sospecha graue de falsedad*, fundandola en la *ley si quis sub conditione, ff. de condit. institut. vbi repetentes* en la doctrina de Hermosilla con otros que junta *in leg.* 55. *tit. 5. part. 5. num. 10. glos.* 3. y en que el Escrivano sin comission examinò por si los testigos, que se hizo en dia de fiesta, ponderando la *ley dies festus, Cod. de ferijs*, que todo esto arguye vna insolita, y no acostumbrada cautela.

890 No tiene esta sospecha mas fundamento que el que le dà el sonido de las vozes con que se forma, pues se halla sin comprobacion; y el que quiere arguir sospecha en fuerça de que el acto executado contiene en sì malicia, ò cautela insolita, deve probarla, como assientan por regla Cravet. *conclus.* 717. *num. 4. versic. Tertiò suspitio hæc*, Cardin. Tusch. *lit. C. cons.* 172. *num.* 11. ibi: *Restringe, quia asserenti cautelam procuratam incumbit onus probandi*, Farinac. *quæst.* 89. *num.* 10. porque à nuestro favor

està la regla vulgar de la *ley testamentum, Cod. de testam.* de que *abundans cautela non nocet*; y lo que nota Barbos. *in axiomat. iur. axioma 3. num. 1.*

891 Y està tan agena la parte del Marquès de poder probar que esto se hizo por cautela, que antes bien por el capitulo *quoniam frequenter, vt lit. non contest.* està prevenido el que para la mayor seguridad, y porque no se obscurezca la verdad, se deven hazer semejantes informaciones, ibi: *Ne veritas obscuretur, & probationis copia fortuitis casibus substrahatur.* Y lo mismo previenen la *ley curent, ff. de testib. & leg. 2. tit. 16. part. 3. vt notarunt* Farinac. *quæst. 76. à num. 2.* Escobar *de puritat. quæst. 14. §. 1. à num. 14.* sin que les bastasse à los Abogados del Marquès para no formar esta sospecha el aver incurrido tambien en esta culpa, pues se previnieron contra lo que se nota *in dict. cap. quoniam* por los Doctores de aver examinado sus testigos tan celebrados, como Maroja, Ripalda, y otros en vn juizio sumario antes de la litis contestacion; lo qual es despreciable en derecho, como queda fundado en el medio segundo.

892 De esto nace, que aunque algunos AA. assientan, como son Bald. Farinac. y Barbos. *in dict. axiom. 3.* que en los contratos las demasiadas prevenciones, y cautelas los pueden hazer sospechosos, y que esto tambien se puede aplicar à los testamentos, procediera bien si esta prevencion huviera precedido al poder, ò en èl se hallassen clausulas preventivas, ò de cautela; pero el que la informacion se hiziesse despues de la muerte de el señor Conde, *ne veritas substrahatur*; no solo no es cautela que pueda ser sospechosa, sino es prevencion justa, y precaucion aprobada por los medios referidos, y que tambien la califica con Bald. Ias. y otros Tusch. *lit. A. conclus. 67. n. 7. amplia in inditijs, quia id quòd fit exabundanti*; demàs de que los autos estàn manifestando que huvo motivo, y motivos para averse hecho esta informacion, y que quien diò causa à que la señora Condesa diesse el pedimento fue el Padre Ripalda, y otros, que por repetirse tanto en los autos no los referimos. Y siendo regla de la *ley igitur, ff. de liberal. caus. cum vulgatis*, como nota Farinac. *quæst. 90. num. 1. & num. 44.* que aunque la causa sea leve, y aun se aya errado en ella, basta para excluir la sospecha: se reconocerà si eran ligeras, y de poco momento las que pudieron mover à la señora Condesa instigada del Padre Ripalda, y otros para hazer esta informacion.

893 Lo que se deve atender es la animosidad con que se atreven à torcer el sentido, y substancia de las proposiciones, queriendo que esta que llaman sospecha sirva para efecto de que el poder no se otorgò, ò que fue falso quando à lo que mirò la informacion no fue à cautelar la verdad de el otorgamiento, sino es solo à querer confirmar con ella la sana mente del señor Conde, circunstancia totalmente agena del fin principal à que en este punto quieren aplicar esta sospecha, sino es que sea lo que vemos de otras ponderaciones sobre sospechas, que es solo acrecentar numeros con dis-

discurrir presumpciones, sin hazer reflexion à si son, ò no aplicables.

894 Y no cabe omitir el que aya aliento para aver dicho, solo por formar esta sospecha, *que cometiò falsedad Benavides en aver examinado por si propio los testigos, sin comission del Corregidor*, quando se hallan convencidos de la falsedad que quieren aplicar a Benavides con los autos, pues por la Pieça 5. de ellos consta, que esta informacion se hizo ante el Corregidor, que èl mismo examinò los testigos, que fueron diez y nueve, por su persona, ante Benavides, y todos estan firmados, y autorizada por el Corregidor. Y ay animo para dezir contra la verdad del hecho, que Benavides examinò los testigos sin comission, no mas de por que quisieron dezirlo, para acomodar tambien doctrinas inciertas, pues ni la *ley iudices*, ni la *Authent. apud eloquentissimum, Cod. de fide instrum.* ni la *conclusion* 110. de Mascardo *à num.* 16. para que el Escrivano por si no pudiesse examinar testigos, hablan en los terminos para que las suponen; siendo cierto, que en las causas civiles no se necessita para el examen mas que de la interlocucion, ò comission del Iuez, sin que sea precisa su assistencia, por la misma ley, y Authentica referidas, como lo nota Farinac. *quæst.* 76. *num.* 130. & *num.* 131. y Escobar *de puritat. part.* 1. *quæst.* 14. §. 1. *à num.* 1. sin que la assistencia del Iuez sea necessaria en causas civiles, especialmente en informaciones de sumarias, que por su naturaleza tienen tan limitados los efectos.

895 No dexando por ponderar, que se hizo en dia de fiesta, cuya circunstancia, conforme à la doctrina de Barbosa *en el cap fin. de for. compet.* no es estimable, pues en los actos, no de jurisdicion contenciosa, sino es voluntaria, como lo fue este de la informacion, no ay embaraço. Lo cierto es, que en esta sospecha, si no se huviera procedido con supuestos falsos, y contrarios al hecho para hazerla, se deviera alabar la discrecion, y exornacion de estilo con que la componen; pero esto no basta para que no quede (como creemos) convencida de incierta en el hecho, de injusta en el derecho, y de cautelosa por lo que mira à quien la discurriò para formarla.

Sospecha dezimatercia.

896 NO conduce à lo tocante à este punto, ni por lo que mira à voluntad, ni por hecho de solemnidad esta sospecha, y sin embargo la vemos formada, y no dudamos que en la instancia presente no la avràn omitido los Abogados actuales del señor Marquès, quizà por la razon de hallarla antes prevenida, y assi nos obliga à hazer memoria de la respuesta. Formase de vna idea, suponiendo, *que la señora Condesa en la peticion de la sumaria de Toro, y el señor Duque de Medina en la que hizo en Madrid, callaron la calidad de la enfermedad que padeciò el señor Conde*, en lo qual suponen arte, cautela, y quanto de esto se puede seguir, valiendose del *cap.* 1. *de crim. fals.* de la Glossa *in cap. licèt, de crimin. fals.*

Gloss. *in Authent. de testibus, verbo Calliditate*, Farin. *quæst.* 150. *num.* 73. Casador. *decis.* 3. *de dilationibus*, Alexand. Ludou. *decis.* 211. *à num.* 4. y otras de Rota.

897 Todas estas doctrinas no sirven para este intento, pues los capitulos, y textos solo hablan en los terminos de que el que preguntado sobre dos cosas, si niega la vna, es visto confessar la otra, que es lo que dixo el *cap. non nè, de præsumpt.* ò que comete mendacio el que preguntado positivamente sobre vna cosa de hecho verdadero, no la dize, que es la disposicion del *cap.* 1. *de crim. fals.* para lo qual juntò muchos DD. Barbos. *in collect. ad dict. cap.* 1. *num.* 6. resultando de esto lo inaplicable de estas resoluciones; pues si las informaciones se hizieron para aprobar la sana mente del señor Conde al tiempo de hazer testamento, como se puede dudar que estos actos fueron à fin de excluir delirio, demencia, falta de memoria, y los demas defectos que pudiessen influir defecto en la disposicion del poder? Luego se sigue precisamente, que ni se tirò à ocultar la enfermedad, ni huvo cautela que pudiesse dar causa à esta sospecha; ni los testigos devian ser preguntados, ni los pedimentos se devieron formar explicando en ellos, quando enfermò el señor Conde, què accidentes le sobrevinieron; sino es solo que al tiempo de otorgar, y en el tiempo inmediato, precedente, y subsiguiente estava en su sano juizio: con que no aviendo defecto, ni cautela à què aplicar la sospecha, queda desvanecida, y solo podrà quedar subsistente la question sobre el furor, pero no sobre sospecha; y lo que mira à esto bien convencido queda en el Medio segundo. Y assi ni sirven las doctrinas, ni los textos que se aplican à esto, especialmente no constando de notorio furor, ò demencia al tiempo de otorgar el poder.

898 Y es lastima que se acuerden tan insignes Letrados de ponderaciones tan debiles, y olviden que aviendo sido Ripalda, y Maroja los Autores de aver hecho confessar, y sacramentar al señor Conde, despues examinados en la sumaria que hizo el señor Marquès (que tambien incurriò en estas que llaman culpas) callan este hecho. Y en el pedimento se omitieron muchas circunstancias, de que no se ha hecho por nuestra parte aparato; siendo assi que se pudieran acomodar sin violencia à su malicia los textos, y doctrinas referidas, y les pudieramos dezir las palabras del *cap.* 1. *de crim. fals. Vterque reus est, & qui veritatem occultat, & qui mendacium dicit.*

Sospecha dezimaquarta.

899 NO hallando ya sospechas de que assir, forman esta, diziendo, *que por la calidad del achaque del señor Conde, que fue delirio, se presume el acto del poder executado en tiempo de furor*, y para ella se ponen muchas y copiosas exornaciones, suponiendo que tuvo el delirio, que se le continuò, y que muriò de èl, y que siendo inverosimil la sana mente, tiene contra si el poder la presumpcion de falsedad.

Todo

900 Todo esto, y las doctrinas que se ponderan, quedan satisfechas en el Medio segundo, y assi nos remitimos à los numeros correspondientes à esta exclusion; ò satisfaciendo en vna oracion esta sospecha, y es, que aunque es conclusion comun, que quando el furor es continuo de mucho tiempo, y sin intervalos, muriendo con èl, qualquier acto se entiende executado en tiempo del furor, sobre que (demàs de los lugares que se citan por el Marquès) se han citado otros en el principio del Medio segundo; pero esto lo limitan los AA. quando huvo intervalos, suspension del furor, transmutacion de la enfermedad, y ay, ò probanças, ò presumpciones estimables de esto; pero quando todo cessasse, y se huviesse calificado continuacion del furor, no huviera falsedad en el Escrivano, ni se pudiera dezir, que el poder no estava otorgado legitimamente, ni este instrumento era falso, no siendo el furor al tiempo del acto, descubierto: y assi no comprehendemos para què fin se forma esta sospecha, ni què tiene que ver con la falsedad del instrumento, ni la legalidad del Escrivano.

Sospecha dezimaquinta.

901 Formase esta sospecha con el supuesto de vna fama publica en la continuacion del delirio del señor Conde, y suponiendole continuo, se dize, *que sobre el supuesto de averle padecido hasta que muriò, se sigue lo invariable de la falsedad del instrumento en su contenido, y del Escrivano en averle executado*; para cuya exornacion se cita à Farin. *de falsitat. quæst.* 152. *num.* 23. D. Larrea *alleg.* 96. *num.* 20. con los que refieren estos Autores.

902 Aunque pudieramos salir de esta sospecha con el motivo legal, y justo de que para formarla suponen lo que se controvierte, y disputa, que es si huvo furor continuo, ò no; y si al tiempo del acto de otorgar el poder estava libre el señor Conde, que es toda la controversia del Medio segundo; sin embargo por satisfacer, y convencer vna fama publica, que inventaron los Abogados del Marquès para idear esta sospecha con la deposicion de algunos testigos suyos, entrarèmos en su satisfaccion solo para descubrir, que no ignorando lo que es fama publica, ofenden lo que saben con lo que contra su misma inteligencia suponen: culpa bien advertida de Polivio *lib.* 12. *except. Qui igitur per ignorantiam à proposito abberrat veniam esse dandam: at capitali ab hoc odio esse desidendum, qui id voluntate, & certò animi proposito agunt.*

903 Aunque los testigos de que se valen para esta fama no dizen que el poder fue falso, ni de esto hazen mencion por sospecha, presumpcion, congetura, ni en otra forma, solo por que dizen que oyeron dezir, que no estuvo el señor Conde en todo su entero juizio, claman con la voz de fama publica. Y para que se reconozca lo debil de este fundamento, harèmos memoria de los testigos de que se valen, pues no sin arte dexaron de re-

referir sus palabras, nombrandolos juntos, para que el numero hiziesse armonia, como si se pudiesse calificar vna publica voz, y fama por testigos de oìdas, como dirèmos en esta sospecha.

904 El primero es Fr. Juan de Molina, Guardian del Convento de Capuchinos de la Ciudad de Toro, cuya deposicion està en el memorial hecho de orden del Consejo, *num.* 644. este solo dize, que estando en casa de la Condesa de Fuensalida en esta Corte, le hablò de aver embiado à detener, porque iva fuera, à Fr. Mateo de Alfaro, y que dixo la Condesa, que para què el señor Duque porfiava en traer à Fr. Mateo? pôr què ha de dezir contra lo que pretende, pues su sentimiento (como se lo avia significado à la Condesa) era de que no tuvo su juizio quando otorgò el poder. Buen testigo de oìdas de oìdas, para calificar furor, y fundar publica voz, y fama; demàs de que este testigo la publicidad que refiere apela sobre la duda de si estava, ò no en su juizio al tiempo de otorgar el poder; y este testigo, ni està abonado, ni examinado en este juizio.

905 Fray Luis de Zamora *mem. num.* 645. dize, que oyò dezir à algunos, que el señor Conde desde que enfermò estuvo siempre sin juizio, y que le parece que lo oyò dezir à Fray Vicente de Sepulveda, y tambien ha oìdo dezir al Doctor Francisco de Medina, *que auia tenido cabal juizio vnas quantas horas*; y luego passa à haze juizio propio en lo que no viò. Este tampoco puede conducir, pues dize de oìdas vagas, luego que le parece que lo oyò dezir à Fr. Vicente de Sepulveda, afirmandose en las oìdas de que avia tenido cabal juizio; segun lo que dixo el Doctor Medina; y de su deposicion lo que se puede deducir es, que de oìdas de testigo que asistiò al señor Conde, como fue el Doctor Medina; oyò que avia tenido cabal juizio vnas quantas horas.

906 Fray Vicente de Sepulveda *num.* 646. Fray Buenaventura de Garrovillas; Fray Mateo de Alfaro, y los demàs de que hazen ponderacion, y se vàn siguiendo en el memorial *num.* 646. 648. 651. 659. y otros numeros subsiguientes, todos estos, para no detenernos, vnos dizen de oìdas generales; otros en las mismas oìdas favorecen la sana mente; otros deponen de vno, y otro; y los testigos que se dize son contrarios de la informacion, ò probança del señor Duque, es incierto, pues Don Diego de Araque, y Isunça afirman el entero juizio; y Alonso Rodriguez solo dize, *que se hablò muy variamente cerca de si auia estado en sano juizio, y entendimiento natural en todo, ò en algun tiempo del discurso de su enfermedad, diziendo vnos que si, y otros que no.*

907 Pudieranse hazer muchas consideraciones sobre las deposiciones de estos testigos, si no estuvieran ponderadas, discurridas, y aplicadas en el Medio segundo, por cuya razon, y por la de no bolver à repetir en vn papel como este, que precisamente ha de ser dilatado, nos remitimos al juizio que los señores Iuezes tendràn hecho ya de estas deposiciones, aunque no podemos omitir el que contra lo vniforme de los autos se

quiera

quiera fingir fama publica de furor, para formar sospechas de falsedad con vnos testigos tan debiles, como los que hemos referido; y quando para la calificacion de fama publica es necessario origen razonable; que este se divulgue, y sea comun; que le tenga por cierto la mayor parte del pueblo antes que se mueva juizio: y como asientan sobre el *cap. licèt ex quadam, de testibus, & leg. 29. tit. 9. part. 5.* communiter DD. quos citant Mascard. *de probationibus, conclus. 747.* Fariñac. *quæst. 47. à num. 170.* Cevall. *quæst. 900.* D. Valenç. *cons. 92.* y Escobar *de purit. part. 1. quæst. 14. §. 4. per tot.* & Marquard. Frehero *de fama public. lib. 1. cap. 6.* es preciso para que se constituya fama, certidumbre, ò creencia vniversal; que esta tenga las calidades, *quòd sit vniformis, & constans apud omnes non vana, nec cum contrarietate aliqua.*

908 Todo esto le falta à la fama que quieren suponer para formar esta sospecha, quando para que no se estimasse bastava quererla fundar en la fama que llaman comun; siendo esto tan desestimable, que preguntado el Pontifice Iuan XXIII. qual era la cosa mas agena de la verdad? respondiò, que la fama: *Quidquid enim laudat, vituperatione dignum est, quidquid cogitat vanum, quidquid loquitur falsum, quòd improbat bonum est; quodque approbat malum, & quid denique extollit infame*; como asienta D. Ioan. de Solorçano *emblema 97. num. 8.* Y querer acreditar con la voz de la fama la nulidad de vna disposicion testamentaria para hazer falso el instrumento, y falsario al Escrivano, es querer contravenir à lo que asienta San Geronim. ad Rufinum, con palabras de Tertuliano, que afirma, que aun quando es cierto lo que dize, miente la fama: *Multum in vtramque partem crebro fama mentitur, & tàm de bonis mala, quàm de malis bona; falso rumore concelebrat, sæpè enim mendatium ab vno seminatur ingenio, æmulationis, aut suspitionis arbitrio, aut ingenita, & naturali mentiendi voluptate, ex quo ipsa fama oritur, & ideo vt plurimum est mendax; & non nisi, cum mentitur perseuerat, & tandiù viuit, quandiù non probatur veritas, quòd nec tunc quidem cum aliquid veri affirmat, sine mendaci vicio est, quia tunc etiam semper est detrahens, adyciens, demutans de veritate.*

909 Siendo precepto seguro entre los Politicos el de Tacito *lib. 3. Annal.* ibi: *Non ex rumore statuendum*; y regla cierta entre los Juristas *in leg. Decurionem, §. 1. Cod. de pœnis*: *Vanæ voces populi non sunt audiendæ,* con quien concuerda *leg. constat, ff. de appellat. cap. 2. de electione, cap. docendus, dist. 62.* Siendo proposicion corriente entre los DD. que no deve darse credito à la fama en lo q̃ afirma. Y aunque el artificio de la Retorica la pone entre las probanças, la verdad de la Iurisprudencia solo la cuenta entre los indicios, teniendole por el mas debil, y remoto. Fabius *lib. 5. Orat. Christ. cap. 3.* Menoch. *lib. 1. de præsumpt. quæst. 1.* Marquard. *de fam. publica, lib. 1. cap. 7. num. 1.* Cæsar Carena *de Officio Sanctæ Inquisit. part. 3. tit. 10. §. 10. num. 66.* D. Valençuel. *cons. 90. num. 185.*

910 Y si la fama no prueba, ni se estima mas en lo legal, que como indicio leve, de què les servirà la inventiva de esta sospecha; y con mas justa estimacion quando el numero de los testigos no es capaz de constituir fama, porque para esta es menestér que las oìdas las deponga la mayor parte del Pueblo, porque de otro modo no serà fama, ni convendrà con su difinicion, que es *clamor, & consentiens populi testimonium*; y mas quando vemos que todos los testigos que deponen de estas oìdas vagas, y generales se reducen à veinte y quatro testigos, que los doze lo que deponen es, que oyeron generalmente à vnos, que el señor Conde, la mañana que otorgò el poder, no estava en su sano juizio; y à otros, que lo estava: de que resulta ser iguales las oìdas, y no poder servir estos testigos; los otros doze se dividen en dos partes: Los ocho dizen aver oìdo, *que el recobro de aquella mañana fue perfecto, y à su entero juizio*: Y los quatro restantes, *que la mañana del Miercoles no fue entero el recobro del señor Conde*. Con que queda reducida toda esta maquina à quatro testigos en q̃ se fundan los Abogados del señor Marquès para calificar la publica voz, y fama contra las reglas, y contra toda la disposicion legal, aviendo ocho testigos contrarios, demàs de lo que algunos testigos presentados por el señor Marquès dizen sobre esto à favor de la sana mente; y como acomodarèmos la difinicion de la fama con testigos que la desvanecen en mucho numero, con otros que deponen con variedad, y con solo quatro testigos en que fundarla.

911 Y vltimamente esta sospecha se formò sin atender à lo que es publica voz, y fama: se fundò en reglas inciertas; y lo que es mas, sin comprobacion de testigos con que vestirla, y sin embargo por no omitir nada que pudiesse tener sonido, nos han hecho trabajar en apurar el invtil fundamento con que la formaron para desvanecer el sonido de las vozes con que la compusieron.

Sospecha dezimasexta.

912 CON el motivo de averse sacado vna Paulina del Nuncio de su Santidad por el señor Marquès, despachada en 28. de Febrero del año de 1651. seis años despues que otorgò el poder para testar el señor Conde, porque queriendola publicar en Zamora se hizieron contradiciones por la parte del señor Duque de Medina para impedirlo, se entra diziendo: *Que si el señor Duque se persuadiera que tenia justicia segura, no se valiera de este medio, y forma de contradicion*; pues conforme à la doctrina de Mascar. Menoch. Soccin. y otros que refiere D. Larr. *alleg.* 66. *num.* 14. *Mala fides detegitur, quoties aliquo modo colligitur aliquem dubitare de iure suo, & fecisse nimia, & exacta, & extraordinaria diligentia.*

913 Invtil trabajo el de satisfacer esta sospecha, pues ni lo es, ni puede servir de presumpcion para calificar furor en el señor Conde en el tiẽpo de otorgar el poder, ni para probar defecto de voluntad, ni para arguir falsedad

dad en el instrumento,con que no comprehendemos à què fin,ni para què medio se aplica en forma esta sospecha;pues aunque fuesse cierto que la nimia diligencia executada por vno de los litigantes fuesse argumento de que dudava en su buen derecho,esto no es aplicable, porque no se deduce de la contradicion de la Paulina que fuesse justa,respecto de hallarse ya este pleito pendiente en la tenuta, y que en ella, y en el termino de prueba podia el señor Marquès examinar los testigos que le pareciesse; y antes bien la nimia cautela estuvo de parte del señor Marquès, por aver hecho vna diligencia tan agena del estado en que se hallava el juizio,y pretension de las partes,hallandose diversos testigos,como son los Licenciados Alonso Salvador,y Baltasar de Montoya, Presbyteros, y Curas de almas de la Ciudad de Toro,y otros que dizen los solicitaron los Agentes del señor Marquès para que dixessen que el señor Cōde no estava en su juizio quando otorgò el poder,y que Benavides era vn tirano,y assi se pueden aplicar la nimia diligencia los Abogados del señor Marquès, y la doctrina del señor Larrea,y los que cita; sin que esto pueda servir para sospecha, ni para ninguno de los fines para que las ponen; ni quando la huviesse avido de parte del señor Duque, fuera culpable quando la executava para excluir la cautela,y arte con que se obrò en esto por el señor Marquès.

Sospecha dezimaseptima.

914 SVponen que la señora Duquesa de Olivares hizo vivas, y extraordinarias diligencias para recoger la informacion que de el sano juizio del señor Conde se hizo despues de su muerte, diziendo, *que la señora Condesa quiso recoger la sumaria de Toro, y que desde Loeches embiò à llamar à Benavides, le pidiò se la entregassen, y lo ofreciò, y por esto le dieron muy grandes dadivas, y de gran valor*: de lo qual nace vna fortissima,y grave presumpcion de falsedad,pues la demasiada diligencia,y el justo temor descubren la falta de legalidad; remitiendose à lo fundado en las sospechas antecedentes.

915 Aunque se forma esta sospecha sin fundamentos legales que la apoyen,el animo, y arte con que la conciben, nos obliga à averla de satisfacer,dilatandonos precisamente en su respuesta; pues aunque esto tiene en el discurso de este punto algunas partes donde bien distribuido deviera tocar: lo que se dixere en su exclusion no lo repetirèmos,remitiendonos à lo que en su satisfaccion quedare dicho.

916 De dos partes se compone esta presumpcion: La vna, que mira à que el animo de la señora Condesa en recoger la informacion, fue, por que conociò que el señor Conde no avia estado capaz quando otorgò el poder,y que no se acordaron,ni tuvieron presente el testamento de el año de 42. Y la otra, à que el Escrivano fue falsário,se enriqueciò con ocasion de este poder,y aumentò mucho su Patrimonio,le dieron grandes dadivas

la

la señora Condesa, y el Marquès de Mayrena, y que para esto vino à Loeches, y que despues le diò el señor Duque de Medina de las Torres vna librança de quatro mil ducados sobre Mateo Tendero, vezino de Leon; le quiso hazer Regidor tambien de Leon, y otras circunstancias.

917 En quanto à la primera parte, que mira à aver querido la señora Condesa recoger la sumaria hecha en Toro luego q̃ muriò el señor Conde su marido: esto tiene motivos en q̃ puedan fundarlo los señores Abogados del Marquès, porque ay algunos testigos q̃ dizen esto, aunque ay muchos tambien que lo desvanecen; pero el que esto fuesse por què creyò que el señor Conde no estava en su juizio quando otorgò el poder, ni por què huvo falsa causa de olvido del testamento del año de 42. de esto no ay nada. Demàs, de que lo que mira à la falsa causa de olvido del testamento de el año de 42. toca al §. 3. de este primer punto, donde excluirèmos este fundamento, à que me remito; pero en quanto à que por recoger la informacion se le hiziessen tantas dadivas como se supone, y expecifica, de vna tapiceria, bufetes de plata, alfombra, y otras cosas, porque entregasse la informacion: esto no lo ay, ni consta de los autos; y antes bien lo que resulta del memorial ajustado vltimamẽte impresso, desde el folio 282. en adelante, numero 849. por muchos siguientes, hasta el folio 300. num. 913. que es donde estàn puestos todos los testigos, es, que no ay alguno que diga que por recoger la informacion se le hiziessen semejantes dadivas al Escrivano Benavides, y està comprobado que la tapiceria, y los bufetes de plata quedaron en empeño en poder de Benavides, la tapiceria en quinientos ducados, y los bufetes en once, ù doze mil reales, que lo vno, y lo otro lo prestò para ayuda à los gastos del entierro, y viage de la señora Condesa, y que para este fin se vendiò la alfombra, en que vàn conformes Don Alvaro Cosio, Don Antonio Salcedo, Don Geronimo Portocarrero, Don Gonçalo Davila Manrique, Don Antonio Garcia, Don Francisco Victoria, Don Antonio Ramirez de Arellano, y con otros Don Francisco de Hoyos, Agente del señor Marquès de Leganès, los quales correspondiendo à la pregunta de que la tapiceria, bufetes, y alfombra *fueron dadivas*, lo que responden es: *Que antes han oìdo dezir, y algunos de publico, y tal, ò qual de ellos à Benavides, que la colgadura se le vendiò estando en Toro la señora Condesa en quinientos ducados, q̃ los bufetes de plata se le empeñaron en mil ducados, ò doze mil reales, todo para ayuda del entierro, y viage; y algunos de ellos que tambien para dicho fin se le vendiò la alfombra*: buen argumento de aver sido dadivas, y mas quando la señora Marquesa de Mayrena Doña Iuana de Velasco en el *memorial num.* 913. dize: *Que no sabe que la señora Condesa le huviesse dado nada, y que el Marquès de Mayrena le diò dos espejos de poco valor, y vn recado para hazer chocolate.*

918 Los dos espejos, la chocolatera de plata, y vna capa de yervas, como resulta de la deposicion que acabamos de referir, fueron dadiva del

Mar-

Marquès, y la razon la dà Don Francisco de Victoria, Regidor de Toro, testigo vnico q̃ se hallò presente: *Que al tiempo de darselo le dixo el Marquès, que se lo daua por las alberchigas que le diò en Toro, y por que le embiasse mas; y al testigo le diò otras cinco caxas de chocolate, vnos guantes de jazmin, vn rosario de ambar, y media piel para vn coleto.* Sin que aunque despues fuesse cierto que le embiasse, como algunos suponen, vn relox, esto se pudiesse atribuir à cohecho, quando no solo al Marquès de Mayrena, sino es à el señor Conde, y su familia avia hecho tantos agassajos Benavides como deponen los testigos.

919 Y si lo que demuestran los autos es esto, y es tan considerable el numero de los testigos que lo deponen, entre los quales ay algunos de tan especial estimacion, como dignos de venerarse por su autoridad, y lo comprueba el testigo vnico de vista que huvo, no se deverà atender lo que algunos vagamente dizen de que estas fueron dadivas por cohecho; pues segun el comun sentir de los DD. se deve estar à la mayor, y mas sana parte de testigos: y en nuestro caso con mayor especialidad quando se trata como en esta sospecha de probar cohecho, y mala fama contra Benavides, contra su estimacion, y buen credito, como notan sobre la *ley de minore, §.plurimum, ff.de quæstionib.* Ioseph Ludovis. *decis.*3. *num.*4. Afflict. *decis.*337. *num.*2. Gutierr. *cons.*35. *num.*25. Escobar *de puritat. dict. quæst.* 10. §.4. *num.*12. *& num.*18. D. Valençuel. *cons.*90. *à num.*179. *cum sequentib. & cons.*92. *num.*167.

920 Concurriendo con esto el que quando no fuesse tan notoria esta verdad, era desproposito querer traer por cohecho para presumpcion de falsedad en el otorgamiento del poder las dadivas que se dize se le hizieron mucho tiempo despues de aver muerto el señor Conde: y quando el fundamẽto es suponer que à estas dadivas, y cohecho diò causa à el recoger la informacion, que ni se recogiò, ni tuvo efecto el deseo que se dize de la señora Condesa, como tambien aplicarle à que el animo en la señora Condesa fue, porque conociò que el señor Conde no avia estado capaz de otorgar el poder; siendo assi que lo resulta de las deposiciones de los testigos no fue recoger la informacion, porque creyesse que el poder no era legitimo, sino es por lograr (segun su juizio) la quietud q̃ la perturbavan los movimientos, juntas, y intentos del señor Don Luis de Haro; con que faltandole el concepto à la sospecha, pues no fue, ni esto se prueba por creer que el poder era invalido, ò no legitimo, se desvanece la fabrica de que se compone esta primer parte de la sospecha, sin que el que Don Diego de Araque fuesse à Toro, y tambien el Marquès de Mayrena sirva de nada; pues lo mas que ay es, que fueron à Toro, y q̃ fueron à recoger la informacion, son muy pocos los que lo dizen; pero aunque esto fuesse cierto, no aviendola recogido, ni constando que el animo de recogerla fue con el fin de que valiesse el testamento del año de 42. no servirà de fundamento para medio alguno de quantos con tanta variedad se proponen por el señor Marquès.

921 La segunda parte de que Benavides enriqueciò con las dadivas, le cohechò con la de los quatro mil ducados el señor Duque de Medina, y que estuvo capitulado en Madrid por culpas feas, como tambien que era codicioso, y que por esto aumentò su Patrimonio, todo esto lo satisfarèmos *exabundanti*, no porque sirva, remitiendonos al nuevo memorial, desde el folio 535. hasta el 576. Lo que resulta de el contexto de los autos, y deposiciones de testigos, es, que es cierto que Benavides tenia mucha mano, y autoridad en la Ciudad de Toro con la ocasion de ser Escrivano mayor del Cabildo, y de la guerra, como tambien el que estava muy acomodado; pero vno, y otro procedia de los muchos empleos que tenia, y de que de su padre le avia quedado patrimonio considerable, y le avia desempeñado con lo que avia ganado en estos oficios.

922 El cohecho de el señor Duque de Medina de los quatro mil ducados de vna letra sobre Mateo Tendero, està bien excluìdo en los autos; pues consta por ellos que no huvo tal librança, y que Benavides era acreedor del Mateo Tendero de mil y quinientos ducados que le avia prestado en Madrid para que se los pagasse en Leon; y aunque los Agentes de el señor Marquès hizieron tan extraordinarias diligencias, poniendose en Leon antes que llegasse el Iuez, solicitando testigos, y haziendo otros actos; no pudieron dar color à este cohecho, y aun despues hizieron que el Iuez registrasse todos los libros con exactas diligencias; y por la que resulta de la comission consta estar fuera de toda sospecha, con que se reduce à nada: como tambien el suponer, que estando desterrado le fiò el señor Duque sus Estados, y le procurò hazer Regidor de Leon, quedandose esto solo en nombre, y sin justificacion, como no la tiene tampoco en quanto à aver estado indiciado, ni processado por razon de su oficio, pues vno, y otro no tiene comprobacion, y sobre faltarle todo, se reduce (como hemos dicho otras vezes) à idea, sin que ninguna de estas circunstancias posteriores, todas (aun quando no estuviessen convencidas, al acto del poder) pudiessen servir para el fin à que las aplican, que es à sospecha de falsedad en el otorgamiento del poder.

923 Y para convencer aun con mayor evidencia el justo proceder en todo de este Escrivano, cuya estimacion, y credito han procurado obscurecer los Abogados del señor Marquès, hasta por el medio de suponerle processado como delinquente en su oficio, para que tomasse mas cuerpo su injusta calumnia, no es necessaria otra demonstracion que la manifestacion del hecho que diò causa à su destierro de Toro, y residencia en Madrid, y este le califican los mismos testigos del señor Marquès, como son su Agente, Don Francisco Garcia de Hoyos, y el nuevo Asturiano, que contestes deponen, *que se procediò contra Benauides por culpado en la muerte de Antonio Ramirez, y que se vino à Madrid, donde el señor Duque le fauoreciò, y amparò hasta que consiguiò indulto vn dia de Iueues Santo.* Y aviendo sido este el motivo de procederse cõtra èl, y de aver faltado de To-

ro, solo por dar fomento à su impostura, se valen los Abogados del señor Marquès de supuesto tan incierto, variando la causa del processo, para que se dude de la entera fee, estimacion, y credito que contra su dictamen mantiene, y ha mantenido Benavides.

924 Vltimamente vease la codicia, y ilegalidad tan decantada contra Benavides, y quan amigo de cohecharse en lo que deponen la Marquesa de Mayrena, donde la llevamos citada, dize, *que sabe que el Marquès de Mayrena llevò tres mil escudos para que le entregasse la informacion, y papel de la señora Condesa, y la testigo le viò bolver con el dinero, y sin la informacion.* Prueba real de que no era codicioso, no recibia cohechos, ni executava nada contra la legalidad de su oficio Benavides. Sirva esto no solo para exclusion absoluta de esta sospecha, sino es para convencer las quatro ilaciones, ò consideraciones que se sacan de ella, y si puede aver idea con menos fundamento, ni mas desproporcionada.

Sospecha dezimaoctava, y ultima.

925 NO haziendo fundamento de ella los Abogados del señor Marquès, no sera justo que nos detengamos en su satisfaccion, y mas quando forman articulo separado sobre su contenido, que se satisfarà donde correspondiere. Reducese à dezir, *que por la declaracion que hizo la señora Condesa en su codicilo se formava vna nueva presumpcion, y sospecha de falsedad*; y que esta se fundava en los mismos motivos que correspondian à las antecedentes; con que no embaraçarèmos el tiempo, ni gastarèmos papel, pues fundando las consideraciones que de esta declaracion del codicilo de la señora Condesa se pueden seguir para formar sospecha en los motivos, y doctrinas aplicadas à las antecedentes, si estas (como juzgamos) quedan todas satisfechas, y convencidas, serà consequencia muy natural el que esta lo queda tambien; porque lo estàn las antecedentes, en cuyas reglas se fundan.

926 Bien deseara nuestro cuidado, por cumplir con la obligacion de la mas acertada defensa, aver tenido presentes los medios de que los Abogados del señor Marquès se avràn valido en esta instancia; pero para no errar, y satisfacer à todo lo que antes se avia opuesto, hemos tenido presente el dilatado papel que se escriviò por el señor Marquès, y sus descendientes en la instancia que se siguiò en la Chancilleria por tan doctos y ingeniosos Abogados, como Don Juan de Herrera Pareja, y Don Francisco Ortiz, para la satisfaccion de las sospechas de falsedad, como las seguirèmos en todo lo demàs que conduce à este punto, con esperança de que si acertamos à conseguirlo, quedarà calificado el notorio derecho del Duque de Medina, sin apartarnos de lo que tan grandes Abogados, y Ministros han escrito en su defensa, como excluìdos los del señor Marquès de Leganès, pues no puede aver alguno nuevo en esta instancia.

§.II.

§.II. del primer Punto.

En este se manifestarà, y comprobarà, que el poder que el señor Conde-Duque otorgò el año de 45. en la Ciudad de Toro, no fue ad interrogationem, *como se supone, y quiere fundar por los Abogados del Marquès, sino es libremente, y conforme à lo preuenido por derecho.*

927 ES constante que este defecto, si le huviesse, verdaderamente no era de solemnidad, sino es de voluntad; porque la essencia, y substancia del poder, ò testamento hecho *ad interrogationem*, consiste en hazer que el testador responda proponiendole el heredero, y lo demàs que es necessario para semejante instrumento, porque en este modo de interrogacion, ò sugestion consiste el hecho de que no tuvo voluntad el testador, como notan Corneo, Menoch. Surd. y otros, que refiere Castillo *tom. 5. cap. 73. à num. 1.* y ponderarèmos latamente despues, siendo la razon de estos el que no le dexan libre voluntad; y assi es cierto que no se puede numerar este defecto como de solemnidad, ni tiene parte entre las que previenen los textos que deve tener qualquier disposicion testamentaria para ser solemne; pero sin embargo, como nuestro animo es solo de que no quede nada sin satisfacer, sea como nosotros lo entendemos nulo el testamento hecho *ad interrogationem* por defecto de voluntad, ò sea como le quieren entender los Abogados del Marquès por defecto de solemnidad, cumplirèmos con calificar, que no se otorgò este poder *ad interrogationem*, y que quanto suponen, y discurren para esto es incierto.

928 Grande es el deseo de ceñir esta question à lo que legal y justamente le deviere corresponder, sin passar à digressiones inutiles, y vagas; pero como para esto no suele bastar la voluntad, porque depende de lo que los Abogados del señor Marquès, aunque sin necessidad, quisieron discurrir, mezclando en esta question todo quanto antes, y despues avian escrito sobre los puntos principales de este pleito, truncando consideraciones, y componiendo de partes distintas vn conjunto de que hazer planta para ella, es preciso procurar ir separando todo esto para passar à assentar la verdadera resolucion de los DD. y con mas justa razon quando en el hecho de las digressiones de que vsaron los Abogados para esto, y en la exornacion de las vozes de que las compusieron, està todo el arte, y primor en que idearon, que este poder se otorgò *ad interrogationem*; y assi no serà culpa de nuestro deseo el no proceder con brevedad, sino es del arte de que se valieron para proponer este defecto.

929 Fue tan industriosa la planta que discurrieron para entablar este punto, y entrar en esta question, que si no estuviesse desvanecida la mayor parte de ella en todo el discurso del Medio segundo, y en la exclusion de

las

las sospechas de falsedad por donde se empeçò este, fuera necessaria vna muy dilatadissima digression solo para suponer los hechos que tan confusamente quisieron mezclar en esto, pues entran entablando, y suponiendo por mas de veinte y seis numeros consecutivos, con exornaciones de textos, y ponderaciones de lugares de humanidad, y erudicion criminal; la autoridad de el señor Duque de Medina; el interès de los criados que depusieron en la informacion de Toro, y en la que se hizo en esta Corte; la calidad despreciable de algunos; la cautela de Benavides en dar à entender que resistiò el que se hiziesse la informacion al mismo tiempo que dexò de poner en el poder lo que era tan de su obligacion, como el dezir que el señor Conde-Duque estava en su sano juizio al tiempo de otorgarle.

930 Quando lo que consta es, como queda ya comprobado, que Benavides resistiò la informacion, y que quien le instò fue el Padre Ripalda; como lo assientan Don Antonio de Borja, Don Francisco de Victoria, y Don Diego Aldana, testigos que fueron del señor Marquès; y lo dizen tambien otros muchos testigos, hasta ponerles à muchos de ellos la tacha de interessados por legatarios, quando como regla assientan Mascard. *conclus.973.num.2.* Farinac. *de testib.quæst.60.num.289.* que los legatarios no solamente pueden ser testigos del testamento; pero que lo pueden ser para probar su verdad: *Amplia secundò, vt legatarius non solum recipiatur in testem ad solemne condendum testamentum, sed etiam ad illius veritatem probandam*, Palma *allegat.iur. alleg.63.num.20.* sin dexar de bolver à hazer memoria; ni de que el señor Duque de Medina amparò estos criados de la señora Duquesa; que avian depuesto (como si esto tuviera violencia) ni el que el Escrivano fue cohechado, recibiò dadivas, era codicioso, estuvo desterrado, y avia examinado los testigos de la sumaria sin comission, como si todo esto no estuviera esparcido por las diez y ocho sospechas de falsedad que inventaron, y hemos convencido en el §.1. de este medio.

931 Y para salir llenamente de lo que toca à la industriosa fabrica con que acinaron tan diferentes consideraciones para esta question, no siendo necessarias, no es menester mas que lo que en el *num.317.* dizen los Abogados del señor Marquès en la informacion, à que satisfacemos: *Y dexando para su lugar la representacion de sus arrojos, y convencimientos, los pretextos con que algunos (libres ya de aquel vinculo) han declarado su animo, y las probanças del señor Marquès, nos reduciremos à el assumpto, PORQVE ESTA DIGRESSION SOLO HA SIDO PARA ESTABLECER QVE CREDITO MEREZCAN EN LO VNIVERSAL SEMEJANTES TESTIGOS.* Vease si es menester mas comprobacion de lo invtil de tantas ponderaciones que la confession, que resulta de sus mismas palabras, en que assientan que todo esto ha sido digression, y que ha mirado à constituir vniversalmẽte en no buen

credito à los testigos; y assi aunque esto no quedasse satisfecho, pudieramos por lo que nos confiessan, y por el deseo que tenemos de no gastar tiempo, conociendo que *inutilis est labor ineptiarum*, procurar entrarnos en la question.

932 Por espacio de mas de veinte numeros discurren otra digressiòn bien aérea, que es la celeridad con que el Escrivano, luego que le avisò Artus de Roy, se vistiò para ir en casa del señor Conde, que entrò, que le quiso abraçar por dos vezes; y que siendo esto, y otras cosas que conducen à el punto principal, argumento claro de que el señor Conde no estava en su juizio, y se le continuava el delirio, sin averiguar la verdad, passò à otorgar el poder. Traen la deposicion de Ripalda Maroja, Alonso Perez Asturiano, y otros, y nada de esto sirve tampoco para esta question, assi porque los testigos no dizen lo que los Abogados del señor Marquès quieren que supongan, sino es que el señor Conde se riyò, le quiso abraçar; y que preguntado à quien queria otorgar el poder, respondiò, *que à su muger*; y preguntandole por heredero, entierro, y lo demàs, respondiò à todo; y quando en esto vacilassen que ninguno de los testigos ha dudado en quanto al hecho de preguntas, y respuestas, esto no conducia tampoco à la question de si el poder se avia otorgado *ad interrogationem*, y solo podia servir para esto la unica deposicion de Don Bartolomè del Castillo, de que ya hemos hecho repetida mencion, donde dize que el señor Conde tenia costumbre en las cosas tocantes à su casa de responder quando le hablavan, diziendo, *A mi muger*, para inducir de esta deposicion que no respondiò à el Escrivano por estar en sano juizio, sino es en fuerça de la costumbre.

933 Y este testigo quando no fuesse singular, y unico, y por esto desestimable, se halla convencido, pues no tenia costumbre el señor Conde en nombrar su entierro, ni los testamentarios; y respondiò à esto en pregunta libre, sin costumbre, y sin sugestion, ni proposicion alguna; con que esta tambien es idea que discurrieron los Abogados del señor Marquès, exornandola con muy buenas vozes, pero sin ninguna substancia; demàs de que todo lo que fuere respectivo à si el poder se otorgò *ad interrogationem*, ò no, lo propondrèmos sin omitir nada que del hecho pueda corresponder à las proposiciones de derecho; y para que esto se reconozca entrarèmos en la question legal, y sobre el supuesto de ella convinarèmos el hecho.

934 Es constante conforme à derecho, que para que valga el testamento, y la institucion, no es necessaria mas circunstancia, por lo respectivo à voluntad, siendo en lo demàs solemne, que el que el testador escriva el heredero, ò le nombre *proprio ore*; la regla es de la *ley iubemus, Cod. de testam.* ibi: *Si vires habeat ad scribendum nomen hæredis, vel hæredum si autem ex morbi acerbitate, vel litterarum imperitia, hoc facere minimè potuerit, testibus testamenti præsentibus nomen, vel nomina hæredis, vel hæredũ ab eo nuncupari.* La misma regla assienta por expressa la *ley 6. tit. 3. part.*

part.6. Ciertamente deue el facedor del testamento nombrar à aquel que quiere establecer por su heredero, diziendo, fulano quiero que sea mio heredero, nombrandole por su nombre. Siendo la disposicion de esta ley concordante de la *ley quoniam,* 15. *Cod. de testam.* por la qual se reformaron las formulas antiguas. De manera, que esta conclusion sobre ser textual, no tiene controversia, como ni tampoco el que fue esto lo que sucediò, y se executò en el caso del poder sobre que se disputa, como se reconocerà en este discurso.

935 Pero hallamos mas adelantada para la question presente la disposicion, y regla de estas leyes; pues la Glossa de la *ley iubemus* assienta, que sin embargo de lo riguroso de su disposicion, si alguno le preguntare al testador si quiere que sea su heredero, señalandole persona cierta, diziendo, fulano; si respondiere el testador que si, vale el testamento. Y siguiendo esto assienta lo mismo Gregor. Lopez *in dict. leg.6. tit.3. part.6.* refiriendo las palabras de la Glossa de la *ley iubemus,* donde dize: *Sufficere si alius coram testatore exprimat nomen hæredis, & ipse disponens, ita agnoscat profitendo verbis, quòd sic, vt tenet copiosè* D. Covar. *in cap. cum tibi, de testam. num.5.* Rota Romana *diuers. part.1. decis.638. num.1.* Menoch. *cons.45. à num.1. & num.30. & de præsumpt. præsumpt.8. à num.9.* Anton. Gomez *in leg.3. Taur. num.107. &* 109. Surd. *cons.414. num.53.* Matienç. *in leg.1. tit.4. lib.3. Recopil. glos.16. à num 4. & cum alijs plurib.* Flores Diaz de Mena *lib.1. variar. quæst.1. num.44.* Gam. *decis.46. num.5. vbi additio,* Pereir. *cons.24. num.8.* Paschal. *de virib. patr. potest. part.2. cap.8. num.52.* Castill. *tom.4. controuers. cap.17. à num.50. & tom.5. cap.73.*

936 Y aunque Rodrigo Suar. *in allegat.1.* dudò en seguir la Glossa de la *ley iubemus,* movido de la disposicion formal de la *ley de Partida;* sin embargo està reprobada su opinion por casi todos los AA. referidos, y no pudiera nunca practicarse; demàs de que en el *num.35.* con los siguientes *in dict. alleg.1.* se inclina à seguir esta misma opinion.

937 Sobre los terminos precisos de la Glossa de la *ley iubemus* forman todos los DD. la question de quando se dirà, ò podrà considerar el testamento hecho *ad interrogationem;* porque sobre el supuesto en que nosotros vamos de aver hecho las preguntas libres (como lo calificarà de los autos) el Escrivano, nombrando por sì el testador heredero, sepultura, y testamentarios, como todo lo executò el señor Conde, cessan las disputas por la regla de la *ley 1. §. qui quæstionem 7. ff. de quæst.* Menoch. *lib.4. præsumpt.8. n.37.* Polidor. Rip. *de act. in artic. mort. cap.61. n.22.* Castill. *tom.5. controu. cap.73. fol.116. column.2. in fin.* Gasp. Ant. Thesaur. *lib.2. quæst. forens. quæst.99. num.11.* y comunmente todos los DD. con que no tenemos que controvertir sobre este supuesto; pero acomodandonos à la question quando el testador por sì solo expressamente no nominò el heredero, aun en esta cede à nuestro favor el comun sentir de los Autores, siguiendo la Glossa de la *ley iubemus.*

En

938 En estos mismos terminos disputa la question el señor Presidente Covarrubias *in dict. cap. cum tibi*, de cuya doctrina se han valido tanto, y con tan extraordinarias ponderaciones los Abogados del señor Marquès; y en el *num.* 5. dize: *Satis tamen erit si ad interrogationem alicuius, nominantis hæredem, testator respondeat se ita velle.* Y en los mismos terminos lo resuelven todos los DD. que cita Castillo *dict. tom.* 4. *cap.* 27. *num.* 54. donde èl assienta estrechandose mas: *Quamvis nomen non exprimatur hæredis, sed vnico verbo testatoris responsio, ad alterius præambulam interrogationem quærentis, an instituat aliquem certum hæredem, sivè, an certo modo, disponat, per monosylabas* sic, *vel ita, vel alias similes fiat talis responsio, præambula interrogatione coniuncta, induceret validam, perfectam, & solemnem institutionem.*

939 No por esto negamos, que en los terminos de la Glossa de la *ley iubemus*, quando la institucion se haze verdaderamente *ad interrogationem*, sin executar nada el testador mas que lo que le proponen, es necessaria mas cautela, y es preciso que no conste de dolo, ni fraude manifiesta por parte del heredero, ni de sugestion importuna, que es lo que previene el señor Covarrub. *Modo cesset omnis suspitio fraudis, timoris, & importunæ suggestionis, & constet testatorem deliberatè voluisse testari, eamdemque voluntatem animo libentissimo consensisse, vt circà patrimonij dispositionem interrogaretur ab his, qui munus interrogandi assumpserunt.* Y lo mismo en substancia dizen Greg. Lop. Castillo, y otros. Y la razon es muy estimable; porque como toda la voluntad se difiere en responder el testador Si, puede estar tan gravado (como dizen Greg. Lop. y otros) de la enfermedad, que si le preguntassen *interfecisti hominem? responderet, Sic.* Y assi se necessita de mucha especulacion, y reconocer si ay sospecha en la persona que interroga, como si es el mismo heredero, ò quien pueda tener interès grande en que lo sea el que se propone; y por esso Greg. Lop. con Bart. Bald. y Socin. en *la Gloss.* referida dize, que cessa la sospecha, el temor, y la sugestion quando la interrogacion la executa el Escrivano, ibi: *Limita quando Tabellio est ille qui interrogat testatorem; an talem vellet suum hæredem esse*; y por esto, que es opinion comun, y seguida para excluir la sospecha, el fraude, y la sugestion, como tan diestros los Abogados del señor Marquès, han puesto todas sus machinas (assi se pueden llamar) en hazer falsario al Escrivano, interessado, codicioso, y cohechado: y aun se han valido de vnas palabras del señor Covarrub. que pondrèmos tambien, y las satisfarèmos.

940 Y finalmente en la question de la Glossa de la *ley iubemus*, y en los terminos en que los mas DD. suponen el testamento hecho *ad interrogationem*, que es quando el enfermo estava moribundo, fue interrogado por el mismo interessado, y intervinieron otras cautelas; si constare que el testador antes de esta interrogacion expressò su voluntad, no aviendo precedido sugestion de que conste notoriamente, y que de orden suya

exe-

executò el testamento el Escrivano, aunque al tiempo de leerle el testamento respondiesse solamente con la palabra si, nadie ha dudado que valga. Referirèmos dos, ò tres lugares no mas. Greg. Lop. *in dict. gloss.* 1. dize: *Tertio limita dictam communem opinionem quando Tabellio, vel alia persona non suspecta de scientia, & voluntate testatoris scripsisset testamentum, & posteà præsente testatore, & testibus exprimat nomen hæredis, vel hæredum; nam tunc sufficit quod testator dicat*, sic, *& ita quotidiè servatur.*

941 Gaspar Antonio Thesauro *lib. 2. quæst. forens. quæst. 99. num. 3.* assienta esto mismo por de estilo, conforme a la costumbre, y practica regular, ibi: *Et re vera hoc videtur de consuetudine, & ex communi stilo receptum, vt Tabellio scribat testamentum nuncupativum de mandato testatoris, inde interrogato testatore coram testibus de voluntate ipsius quam scripsit, etiam ex Advocati, vel alterius sapientis dictamine; & respondente testatore; vel non contradicente ad ea quæ dicta sunt, fiat stipulatio, & valeat testamentum.* Y lo mismo, y aun con mas expression trae Castill. *dict. cap. 27. num. 55.* cuyas palabras no referimos, por no molestar.

942 Y aun con mayor precision refiriendo la controversia de Ciriaco, y otros Autores, assienta esto D. Geronimo de Palma *in suis allegat. alleg. 68. num. 20. & 21. In iure verò, quia non probibetur Notarius rogare testamentum super minuta etiam ab alio præter testatorem confecta, dummodò ab ipso testatore approbetur ante ipsius rogitum, cum potuerit esse confecta, de ipsius testatoris ordine antecedenti, & forsan ab ipso dictata.* Y en estos terminos en que discurre Palma, ay mucha mayor precision, y es mucho mas estrecho, y preciso el caso en que habla.

943 En esta forma, y con esta distincion, y reglas proceden los AA. en los testamẽtos que se pueden controvertir, ò dudar si estan hechos, ò no *ad interrogationem.* Y para que se excluya esta controversia, assientan, que por estar sujeta a fraudes semejante disposicion, quieren que el testador responda articuladamente, y que el que pregunte no sea persona sospechosa, ni aya otros medios que buscar que califiquen sugestion, ò malicia. Vease, pues, como se podrà dezir testamento otorgado *ad interrogationem*, sujeto à fraudes, ò congeturas el del señor Conde, quando para otorgarle se llama vn Escrivano (dexando para despues si le llamò, ò no el señor Conde, que para esta regla no es necessario) que este le pregunta si quiere hazer testamento, responde substancialmente, que quiere dar poder, y en consequencia de esto le pregunta, quien ha de ser heredero? y le responde, que su muger; le pregunta por entierro, y le señala; y por testamentarios, y los nombra, aviendole executado lo que previenen la *ley iubemus*, y la *ley 6. de Partida*, y lo que nota Monterroso *in pract. fol. mihi* 182. sin que se aya hallado otra forma de otorgar poder, y disposicion nuncupativa; de tal suerte, que si esto se pudiera controvertir, y poner duda en ello, no se pudiera dar caso en que huviesse testamẽto que no fuesse hecho *ad interroga-*

 tio-

tionem, ni testamento que no padeciesse el defecto de si tuvo voluntad, ò no el testador.

944 Esta diferencia de casos la han reconocido algunos de los Autores, haziendo separacion entre la interrogacion libre, ò en la que puede ser dudosa para disputar, *vtrùm testamentum dicatur factum ad interrogationem*, aunque no con toda la expresion necessaria; pero en el caso de este pleito, en que no ay rastro de institucion *ad interrogationem*, sino es que se pregunta al testador, quien dexa por heredero? y èl passa à nombrar à quien le parece, es el de la libre disposicion, y vso de testar, segun derecho, siguiendo à Corneo *in cons.*37. lo afirma Menoch. *dict.lib.*4.*præsumpt.*8.*num.*37. diziendo: *Quartum signum est, quando ipse testator interrogatus, simpliciter quem hæredem faceret; & ipse respondit, Caium, vel Sempronium. Atque ita per suggestionem non fuit interrogatus.* Y luego: *Nam quando sine suggestione, sicque ad simplicem interrogationem testator suo ore nominat hæredem, ostendit se esse sanæ mentis, & animi deliberati*, separando el caso de quando el que pregunta le nombra el heredero, y responde que si, en cuyos terminos entran las distinciones con que comunmente proceden los AA. que hemos referido.

945 No se aparta de este dictamen Thesaur. *lib.*2. *dict. quæst.*99. *num.*11. refiriendo à Polidor. Rip. *de act. in artic.mort. cap.*61. *num.*22. à Castill. *tom* 5. *cap.*73. *num.*1. con otros Autores; antes bien manifiesta la distincion de casos con estas palabras: *Et circà interrogationem, ego multam vim facerem, vtrùm simpliciter dictum sit quem velit hæredem instituere, an verò sit interrogatus testator, an velit Titium esse hæredem suum; nam primo casu esset admittenda qualibet articulata vox, si apertè voluntas declaretur, & etiam signa sufficerent, vt infra dicam: Sed in secundo casu res esset periculosa, nisi de præordinata voluntate constaret; nam interrogatorium est suggestivum, ideò cautius est procedendum.*

946 Francisco Nigro Ciriaco trae varias controversias sobre esta question, la 407. *del tomo* 3. *per totam, præcipuè à num.*332. *cum seqq. &* 410. *à num.*1. *& controuersia* 549. *ferè per totam*, donde en el *num.*65. sentando en las controversias antecedentes lo mismo que en este numero dize, suponiendo que el testamento *ad interrogationem* solo es aquel que sugestivamente, y con las calidades que hemos referido executa el testador nombrandole quien le pregunta el heredero, y no respondiendo, sino es si, ibi: *In iure præmitto testamenta facta ad interrogationem, & suggestionem, interrogando testatorem, an velit facere talem hæredem expecificè illum nominando; non autem in genere quem velit instituere.* Pudiendose assentar, que no ay Autor que no proceda con esta distincion, y que todos los que hemos referido para esta question la hazen sin que se aparte de esto, ni Rodrigo Suarez, ni el señor Covarrubias en los lugares que tambien se han referido.

947 Sobre este supuesto pudieramos preguntar justamente à los Abo-

Abogados del señor Marquès, donde està el hecho que suponen para aver excitado la question, y suponer que el testamento del señor Conde, ò poder del año de 45. se executò *ad interrogationem*; ni en què se funda esto, pues segun el hecho, y el comun sentir de todos los DD. no es testamento *ad interrogationem* en el que el testador mismo por si, aunque sea preguntado, nombra el heredero, señala la sepultura, y expressa los testamentarios. Y para forjar esta maquina, formando vn nuevo medio de defensa para invalidar el poder, gastaron mas de cien numeros en su papel, valiendose solo de algunas palabras truncadas del señor Presidente Covarrubias; sin la distinciō con que este sapientissimo Doctor trata la question, callando lo que les perjudica, y refiriēdo lo que les parece que puede aprovechar: culpa que previno bien en el *cons. 176. n. 69.* el señor Valençuela: *Compulsavit, quæ sibi benè visum relinquendo alia quæ sibi nocere poterant.* Resultando de esto, que no puede tener controversia el que el poder no se otorgò *ad interrogationem*, ni el caso de èl es el que se disputa por los DD. sino es que antes bien assientan todos, que es el modo legitimo de otorgar semejantes disposiciones, y el que previenen en lo literal la *ley iubemus*, y la de la Partida; no el de la question que se excita del testamento hecho *ad interrogationem*, con ocasion de la Glossa de la *ley iubemus*.

948 Supuesto lo que procede, y se estima *in iure* en semejantes casos, passarèmos à ver què comprobacion tiene *in facto* esta artificiosa idea de querer otorgado el poder *ad interrogationem*, con sugestiones, y todo lo demàs que se assienta para componer esta fabrica, en que no podemos dexar de alabarles el ingenio, pero no la realidad.

949 De tres testigos de su probança se valen principalmente, que son (como Autores de toda su maquina) Ripalda, Maroja, y Asturiano; y Ripalda en su deposicion, que dexamos ya tan desmenuçada, no ay duda que confiessa la mejoria del dia Miercoles por la mañana en que se otorgò el poder, y solo dize, *que al parecer del testigo el señor Conde no llegò à cobrar el juizio necessario para poder otorgar el poder para testar, que se hizo aquella mañana, ni nombrar heredero.* Y son de advertir las vltimas palabras, *ni nombrar heredero*, pues si esto no lo huviera hecho por si el señor Conde, no lo pudiera dezir Ripalda, y huviera dicho que se le nombraron, y que avia respondido, que si; de que resulta, que lo solo no niega, pero afirma que quando otorgò el poder el señor Conde, nombrò su heredero; y solo duda, segun su juizio, que el señor Conde tuviesse el necessario para otorgarle. No es testigo que nos perjudica en esta parte; y obraron en esta question con tal industria los Abogados del señor Marquès, que siendo assi que Ripalda expressamente en su deposicion, examinado en la sumaria del señor Marquès sobre este articulo, dize *mem. num. 792.* *fol. 273.* que quando el Escrivano le preguntò, que quien queria que fuesse su heredero? no respondiò, ni nombrò à nadie, hasta que el Escrivano le nombrò à la señora Condesa su muger, que entonces dixo que si. Y siendo

do esto tan de su intento, lo omiten para esta question; y es, porque està convencido este testigo, y no hallaron respuesta à la falsedad que en esta afirmativa cometiò, como dexamos comprobado en los principios del punto segundo.

950 De el Doctor Cipriano de Maroja, que es el segundo, este no dize lo que suponen; antes bien lo que contrario, que es por donde se justifica el convencimiento de Ripalda, *Mem. num.* 799. por cuya razon nos parece preciso referir sus palabras. Dize, pues, en lo que corresponde à este hecho: *Que vino vn Escriuano, que se llama fulano de Benauides, y en presencia de el testigo le preguntò al dicho señor Conde-Duque si queria hazer testamento; à lo qual respondiò dicho señor Conde-Duque, que no estaua para ello; à lo qual le dixo dicho Escriuano, que con que su Excelencia otorgasse vn poder para hazerle, bastaua. Y preguntandole al dicho señor Conde-Duque si le queria otorgar, respondiò que si; y preguntandole dicho Escriuano, y diziendole: Tres cosas tiene V. Exc. que dezir; vna, quien quiere que sea su heredero; y respondiò: La Condesa. Y prosiguiendo el Escriuano: Y quien quiere que sea su testamentario, respondiò segunda vez: La Condesa. Y prosiguiendo el Escriuano, adonde se auia de enterrar, respondiò, que en su Conuento de Loeches; y à todo estaua presente la dicha señora Condesa.* Este testigo no puede ser mas preciso à nuestro favor, y por esso le citan en otras palabras que no conducen à esto, y tiene de ventaja el convencer à Ripalda.

951 Asturiano (para no cansar) no dize nada que aproveche para esto, pues no depone del acto de la institucion; y en lo que depone les es contrario, pues suponiendo que el Escrivano le dixo al señor Conde que diesse poder, respondiò, *Poder? enhorabuena.*

952 De estos testigos no se deduce que el poder se otorgò *ad interrogationem*; sino antes bien se prueba averse executado legal, y justamente, y que el aver truncado sus deposiciones en lo que toca a esto, fue arte, y dolo, reprehendido del *cap. 1. de crim. fals. tacere veritatem*: seria olvido; porque esta especie de malicia no cabe en tan grandes Abogados; pero pudieron acordarse de que ay diez nueve testigos, de que hizimos memoria en exclusion de las sospechas de falsedad, los quales contextan el hecho que assienta Maroja sobre el modo, y forma de otorgar el poder.

953 Y que se quiera contra el contexto de este hecho, tan vnido à la disposicion legal, tan conforme à ella, y tan calificado, aun por los testigos del señor Marquès, hazer esta disposicion sospechosa, y formada *ad interrogationem*, es mas soñar, que discurrir, y se haze mas culpable este intento con quererle vestir de palabras truncadas, y desvnidas de tanta variedad de testigos como los que se han examinado por las partes con ocasion de este juizio, queriendo por argumentos, y consideraciones, deducidas de palabras desvnidas, convencer vna materia de hecho, que està calificada cō tan vniformes deposiciones, y que se halla aventajada con el acto de aver re-

cic

cibido el Viatico con devocion, y contricion, y aver dicho la Confession; de lo que executò quando la donacion de la tabla de Iuan Vicente; lo que hablò antes de estos actos; lo que executò en la comida, que todo sirve para desvanecer la fabrica que se ha compuesto con la doctrina del señor Presidente Covarrubias *in cap. cum tibi, de testam. num.* 4. donde despues de assentar algunas de las conclusiones que hemos referido, y en que no se aparta del comun sentir de los DD. en el vers. *Haredi verò*, que bolvemos à repetir, dize las palabras siguientes: *Est tamen intelligenda modò cesset omnis suspitio fraudis, timoris, & importunæ suggestionis, & constet testatorem deliberatè voluisse testari eademque voluntate animo libentissimo consensisse, vt circà patrimonij proprij dispositionem interrogaretur ab his qui munus interrogandi assumpserunt. Secus verò dicendum est quando testator grauitèr ex morbo laborans interrogaretur à Notario quem ipse non vocauit.* Como si estas palabras del señor Presidente Covarrubias no fuessen conformes à nuestro intento, y por ellas se destruyesse la disposicion de la *ley iubemus*, y de la *Partida*; ni dixesse en el caso de advertir el Escrivano lo que es de su oficio, y de responder el testador libremente, nombrando heredero, sepultura, y testamentarios, que esto no era lo justo, y que este genero de disposicion era en la que resolvia; sino es que antes bien habla en la segunda especie, ò caso de quando el testaméto se otorgò *ad interrogationem*, no respondiendo el testador mas que *SI* à todo, que entonces es quando dize el señor Covarrubias q̃ se ha de advertir, que el testador ha de cõsentir que le pregunten, y le propongan, *modò cesset omnis suspitio fraudis*. Y para este caso tambien es quando advierte, que quando el testador fue interrogado por el Escrivano que èl no mandò llamar, se aya de hazer otra consideracion: *Secus verò dicendum est*, pero no en el caso sobre que oy se controvierte.

954 Otras muchas satisfacciones, y consideraciones se pudieran hazer sobre la doctrina del señor Presidente Covarrubias; que bien considerada no se aparta en nada del comun sentir, si nos pareciesse preciso, y estuviessemos en el caso de poder otorgado *ad interrogationem*, como tambien el que el Escrivano fue llamado por el señor Conde; pues los testigos deponen contestes, que el señor Conde llamò à su muger, que la dixo, que llamasse à Ripalda para confessarse, y vn Escrivano para disponer. Y esto basta para que el Escrivano que vino se asiente llamado por el testador; pero nada de esto es necessario, aunque no podemos menos de dezirlo.

955 Y son tan especiales, y tantas las deposiciones de los testigos para excluir sugestion, y interrogacion, que casi todos dizen, que aviendole preguntado Benavides si queria hazer testamento, respondiò el señor Conde, *que estaua grauado de la enfermedad, y no para dilatar se à otorgarle; y que queria dar poder para ello à la señora Condesa.* Y los mas añaden, que dixo, *que era con quien tenia comunicadas sus cosas.* Y esto tambien lo dize Maroja, y sobre esta verdad ay animo de forjar ideas, de vnir estre-

mos tan incapaces de conformarse, y hazer à Benavides Autor de esta maquina, con las contradiciones de que para que no le llamasse el señor Conde no tenia dependencia en la casa, ni ante èl se avia otorgado instrumento alguno; y para que el poder fuesse *ad interrogationem* sospechoso, sugestivo, y nulo, Benavides iba ya prevenido, y cohechado, quando le suponen sin dependencia, ni conocimiento que fue falsario, sin aver motivo, pues por parte del Marquès se funda, que solo le llamò Artus de Roy, y que fue vistiendose (como si esto tuviera violencia en semejantes casos) y no constando que otro que Artus le hablasse, se le culpa, no solo de falsario, y cohechado, sino es que se dize, que por que no indagò la sana mente, iba ya prevenido quando preguntò al señor Conde todo lo necessario, y preciso para cumplir su obligacion, y la de su oficio. Adonde iràn à parar tantas ideas, y qual fuera la voluntad que tuviera permanencia, ni la disposicion que fuera subsistente, si para destruirla se admitiessen tales, tan varias, y tan estrañas consideraciones, como notaron bien Bursat. Surd. Altograd. Rot. apud Gregor. XV. y lo previno la *ley in exercendis, Cod. de fid. instrum.* y refiriendolos Palm. *in alleg. iam citata* 68. *num.* 27. & 28. donde resolviendo por la existencia del testamento, y desestimando su invalidacion, dize: *Ad cuius reprobationem adhibendam sunt probationes, omninò certa concludentes, & infalibiles, non verò dubia, aquiuoca, & prasumptiua cum omnis possibilis interpratatiò sit facienda pro validitate testamenti.* Y en el *num.* 28. dize: *Et ad reprobandum testamentum in instrumento redactum probationes debent concludere per necesse, & sola possibilitas contraria sustinet testamentum.*

956 Y para acabar de desvanecer, y responder con los autos el argumento, y consideraciones tan repetidas que se hazen sobre el lugar que acabamos de referir del señor Covarrubias, donde dize: *Et constet testatorem deliberatè voluisse testari.* Para assentar, como asiento, que el señor Conde no tuvo voluntad, ni quiso testar, y que la sugestion le hizo dar este poder, aunque està ya satisfecho, y convencido con la declaracion de Maroja, que confiessa, que el señor Conde le dixo que queria testar; y lo que asientan los demàs testigos, les calificarèmos el animo deliberado del señor Conde en disponer, tomandolo desde antes del acto del poder, y de las preguntas de Benavides, para que se vea, que aunque este poder no fue hecho *ad interrogationem*, sobre lo qual controvierten el señor Covarrubias, y que està calificado que deliberadamente quiso testar, y disponer; y verificadas sus palabras: *Et constet testatorem deliberatè voluisse testatori* se manifiesta de lo que deponen los testigos à la quinta, y sexta pregunta del juizio de tenuta, y de la propiedad, y instancia del Consejo, folio 329. del nuevo memorial, à numero 1097. y desde el folio 342. B. à numero 1180.

957 En estas preguntas el Doctor Medina, Artus de Roy, Doña Geronima de Mendoça, Doña Iuana de Velasco, Don Diego Llama-

za-

zares, Ana Gomez, Simon Rodriguez, y otros muchos, afsientan, que à las quatro de la mañana del dia Miercoles le hallò el Doctor Medina libre de el delirio, que le advirtiò (como èl mismo lo depone) la gravedad de la enfermedad; y preguntandole el señor Conde: *Aora què han de hazer? le dixo el testigo, què? llamarà à los Medicos, dando à entender que su voto era que confessasse, y comulgasse, y dispusiesse sus cosas, y que queria hazer junta sobre ello.* Que con esto el señor Conde mandò llamar à la señora Condesa para tratar de sus disposiciones con el mismo Doctor Medina, y que aviendo venido la señora Condesa, el señor Conde la dixo: *Que hiziesse llamar al Padre Ripalda para cõfessarse, y à vn Escriuano para disponer sus cosas.* Y sobre si mandò llamar vno, ù dos Escrivanos, dize Ana Gomez, *que solo se acuerda que mandò llamar à Benauides.* Simon Rodriguez de Hubierna, dize, *que sabe que su Excelencia mandò llamar à Benauides, y que el Marquès de Mayrena mandò à Artus que lo fuesse à llamar.* Don Diego Llamazares, no solo dize que dixo à la señora Condesa hiziesse llamar al Padre Ripalda, y al Escrivano; pero añade: *Para la disposicion que he de hazer conforme sabe mi señora.* Y que aviendo dicho la señora Condesa que llamassen à Antonio Garcia, el señor Conde dixo: *Que no, sino à Bernardino de Benauides, que es mi conocido, y amigo.*

958 Reconozcase aora si puede servir todo el arte de los Abogados del señor Marquès, fundado en el apoyo que declaman del señor Covarrubias, aun quando este poder sentassemos que estava hecho *ad interrogationem*; pues consta que desde las quatro de la mañana que hizo llamar à la señora Condesa, previno el Confessor, y el Escrivano, y que el Escrivano fuesse Bernardino de Benavides; y si estamos, aun quando no huviesse mas opinion que la del señor Covarrubias en los terminos de ella, porque *constat testatorem deliberatè voluisse testari*, y que en esto consintiò, como en que le preguntassen, *vt circa Patrimonij proprij dispositionem interrogaretur*; y mas quando no le preguntaron, sino es proponiendo libremente el Escrivano, y respondiendo el señor Conde lo que llevamos referido; y si pudo preguntarle Benavides, siendo el propuesto, y llamado por el señor Cõde para efecto de testar con èl; en cuyo caso no procede la opinion sobre las palabras del señor Covarrubias, ibi: *Secus verò dicendum est quando testator grauiter ex morbo laborans interrogaretur à Notario, quem ipse non vocauit.* Pues aqui consta, que no solo le llamò; pero que aviendole propuesto otro, no quiso sino es à Benavides.

959 Son tan varias las digressiones de que han vsado los Abogados del señor Marquès para introducirse en esta questiõ, y acomodar alguna doctrina à su intento, aunque torciendo el sentido, violentando la disposicion legal, y excediendo de lo mismo que resuelven los DD. que si se huviera de responder à todo, fuera repetir muchas vezes lo mismo que se ha fundado, como se reconoce en la controversia que se cita de Francisco Andreolo 226. queriẽdo aplicar para este punto lo que refiere en el num. 19.

Testa-

Testamentum non valet ad interrogationem, quando prius fuit de eo facta scriptura de ordine alterius absque ordine testatoris. Reconozcase si es este el caso, y si esta doctrina es aplicable; si aqui huvo orden para executar el poder antes de ver al testador, ni probança, ni aun testigo que diga algo de esto; si quando estuvo con el testador, y le preguntò el Escrivano, y respondiò lo que hemos referido, nombrando por sì *Ore proprio* el heredero, sepultura, y testamentarios, se podrà dezir que fue disposicion hecha *ad interrogationem*; y si tiene esta doctrina de Andreolo alguna calidad, ò circunstancia mas que se acomode à los autos, que lo que refiere la Glossa en la *ley iubemus*, y todos los DD. que hemos citado; sino es que antes bien es totalmente agena del intento, y ay otras que pudieran aver ponderado aun mas precisas, como es la *quæst.99.* de Thesauro, y Suarez; y assi esta ponderacion (como otras) las pudieramos despreciar, no acordandonos de ellas, y acordandonos del contexto vnido de los actos executados por el señor Conde, desde las quatro de la mañana del dia Miercoles, hasta que se otorgò el poder, que para llamar à Benavides fue el señor Conde quien lo mandò, y en el acto de otorgarle intervinierõ las preguntas que los formularios practicos previenen, y se siguiò ponerle en escrito, intentar q̃ le firmasse el testador, y le firmaron los testigos; y tienen animo de dezir que se ajustan, no solo à la puntualidad del hecho, sino es à la verdadera inteligencia de doctrinas, y textos contra el precepto de Ciceron *lib.1. de officijs*: *Nulla capitalis pestis quam illarum, qui tum maximè fallunt, id agunt, vt boni viri esse videantur.*

960 Buelven à repetir (sin añadir nada al hecho que hemos referido) nuevos oprobios contra la fee, estimacion, y legalidad del Escrivano, las vozes de ser *hombre sin conciencia, peste de la Republica, causa de perjuicios, suspenso por falsario, desterrado, condenado, y cohechado*; siendo assi que todo esto es falso, y es incierto, pues ni fue cohechado, ni desterrado, ni processado por su oficio, ni incurriò en ninguna de quantas culpas con tan malicioso artificio se le han querido imputar, como hemos calificado evidentemente en lo referido en esta question, y en lo satisfecho en lo que tocò à la exclusion de las sospechas de falsedad, y pudieran acordarse de lo que previno la *ley fin. Cod. de accusationibus*: *Neque impunitatem fore noverit licentiam mentiendi cum calumniantes, ad vindictam poscat similitudo supplitij*; y nota la *ley 19. tit.1. part.7.*

961 Toda la principal fabrica para influir vicio en el poder, que no le tiene, se compone de procurar minorar, y desvanecer la fee, y legalidad de este Escrivano, y assi vsan de otro medio; y valiendose de la disposicion de la *ley 6. tit.9. lib.3. Recopil.* assientan, que en el delito de cohecho se contenta la disposicion legal con probanças irregulares, assi por su gravedad, como por el secreto con que se suele cometer. Y que no teniendo duda que todas las alhajas que llevamos referidas de alfombra, tapiceria, y las demàs estavan en poder de Benavides, no aviendola tampoco en que eran bie-

bienes del señor Conde: con estos extremos solos se halla probado el cohecho, como tambien con la dadiva de los quatro mil ducados que le hizo el señor Duque de Medina de las Torres, y lo que procurò favorecerle; y que asi conforme à la doctrina del señor Don Iuan de Larr. *alleg.* 48. y las que refiere, son medios, que *ex vi necessitatis* concluyen el cohecho.

962 No cuesta poca mortificacion el aver de responder, por ser preciso repetir; pero lo executarèmos con la mayor facilidad, y brevedad que se pueda; sin embargo de ser esto ageno de la question principal de si el poder se otorgò, ò no *ad interrogationem.* No dudamos la disposicion de la ley del Reyno, ni la doctrina del señor Larrea *alleg.* 48. *per totam*, ni lo que asienta Bobadill. *in Polit. lib.* 5. *cap.* 2. *num.* 93. de que el cohecho, y la barateria se puede probar con testigos singulares; pero tampoco ignoramos como se practica esto, ni el modo de su inteligencia, que se reduce à que para probar el cohecho bastan tres testigos singulares que depongan de hecho propio, ò dos testigos contestes de hecho ageno, que es lo mismo que asienta el señor Larrea *dict. allegat. à num.* 25. *& præcipuè, num.* 49. & Bobadill. *dict. lib.* 5. *cap.* 1. *num.* 222. concurriendo otros adminiculos; pero ninguno dize que por que tenga vno alhajas que eran de otro, estas las recibiò precisamente por cohecho; que es lo que quieren probar los Abogados del señor Marquès, y con mayor razon quando consta de los autos, y probanças de que hemos hecho memoria, que las alhajas principales fueron vendidas, y empeñadas, y ay testigos concluyentes de esto, y otras menores fueron dadiva, como la chocolatera, la capa, y otras cosillas del Marquès de Mayrena, estando en Loeches, de que ay vn testigo de vista, y muchos de que Benavides no recibiò dadiva; y antes bien dizen algunos, que aviendo ido à Toro con dinero para solicitar el entrego de la informacion, se le bolvieron à traer, porque nunca quiso entregarla.

963 Demàs, de que es duro intento el que quieran los Abogados de el señor Marquès calificar por cohechado à Benavides solo por sus discursos, quando en la materia de cohecho, y bateria, no solo bastan las congeturas voluntarias para suponer al Iuez, ò al Escrivano cohechado, sino es q̃ es preciso q̃ despues de oìdo, estè condenado, y convencido del cohecho, y de otra manera serà culpa, y culpa grave el difamarle con semejante nombre, por lo que dixo, y exorna Alfaro *de officio Fiscali, glos.* 9. *num.* 37. *Non debet aliquis Fisci occasione aliquid attentare propria authoritate, omisso iuris ordine.* Y trae con singularidad explicada la *ley* 6. *del tit.* 9. el señor Don Christoval de Moscoso en vn manuscripto que hizo sobre esta ley su inteligencia, y modo de practicarla: Què testigos ay cõtestes de cohecho? què testigos, aunque singulares, que depongan de hecho propio en porciones con que huviessen cohechado, ni como puede ser testigo mudo, *sed omnibus vocem habentibus* el hecho de las alhajas, quando son diez testigos contestes los que dizen, *Que los dos bufetes de plata quedaron en em-*

 pe-

peño en Benauides por lo que prestò para la jornada de la señora Condesa, y entierro del señor Conde; y dos de ellos, *que anduvieron en el desempeño*; como todos, *que la cogaldura, y alfombra se le vendiò en el precio que hemos ya referido; y que la chocolatera, y espejos fue dadiua del Marquès de Mayrena, quando estuuo en Loeches, muchos meses despues de la muerte del señor Conde.* Y assi no sirve este fundamento legal de que han querido valerse, porque le falta, no solo la verdad, pero aun supuestos imaginarios en que fundarse, y mas quedando convencidos por sus mismos testigos, que deponen *contra producentem*, y verifican la opinion de Farinac. *quæst.* 62. *num.* 211. D. Valenç. *cons.* 73. *num.* 8. Otras ponderaciones se pudieran hazer sobre este supuesto de cohecho, pero como no necessarias las omitimos.

964 Y vltimamente para evadirnos de tanta copia, y tan invtil, como la que se ha acinado en esta question de repetidas consideraciones contra la fee, legalidad, y verdad del Escrivano Bernardino de Benavides, no podemos dexar de dezir (pues queda ya comprobado) que es falso que *Benauides fue priuado, suspendido, desterrado, y condenado por delitos cometidos en su oficio*; como es tambien falso, *que el señor Duque de Medina de las Torres le cohechasse con los quatro mil ducados.* Falsas son tambien *las dadiuas que se han supuesto*, como es falso *que cometiesse ilegalidad en la forma, y execucion del poder, ni en la donacion de la tabla de Iuan Vicente.* Ni tampoco podemos dexar de dezir, que es falso *el que recibiesse la informacion de Toro sin comission del Iuez*, porque todos estos hechos estàn ajustados, y comprobados con verdad, y certeza invariable, y observado en la rigurosa especulacion de los autos el precepto de Dion. Cassio *lib.* 52. *de histor. Rom. Non opportet omnibus quæ ab his talibus dicuntur fidem adhibere, sed acriter ea examinare, & discutere.* Y no hallamos mas disculpa à la ceguedad, ò passion con que los Abogados del señor Marquès han formado con tan indignas vozes tan repetidas acusaciones, que la de la afeccion de la causa, que los obligò à apassionarse tan arrebatadamente, que los hizo olvidar su discrecion, y atropellar la modestia à que les devia inclinar su grande literatura. Efectos de vn amor ciego, como previene à otro intento Thom. de Kempis *de imitat. Christ. cap.* 13. *Homo passionatus, etiam bonum in malum trahit, dicit sæpè quod dicere non debet, omittit quod sibi magis facere expediret, considerat quod aliј facere tenentur, & negligit quod ipse tenetur.*

965 Disculpesenos qualquier excesso en las vozes, ò en el estilo que huvieremos cometido, ò cometieremos, no solo porque hemos procurado arreglarnos à los autos, sino es por que es casi impossible que siendo provocados à la defensa de tan repetidas acusaciones, vestidas mas que de substancia, de vozes, y palabras injuriosas, pues en semejantes casos dà la disculpa, y la razon de la escusacion, San Geronimo *en la epistola* 62. *Si superbum sit respondisse, superbius sit accusasse.* Y Bapt. Mantuan. *in Apolog.*

log. pro Carmin. Si inter repellenda ferire contingerit, facit hoc casus, non nocendi animus.

966 No se han satisfecho en està question con todo lo que han dicho del Escrivano, y buelven à repetir, *que no fue llamado, ni rogado, y que se cuidò mas de assegurar la disposicion, que la salvacion del enfermo.* Esto està satisfecho ya, asi en lo vno, como en lo otro, siendo constante que fue llamado el Escrivano por el señor Conde, de que harèmos memoria despues en los defectos de solemnidad, como que se cuidò de su salvacion no ay duda, pues tambien hemos hecho evidencia de que el señor Conde confessò, y recibiò los Sacramentos, no solo con las demonstraciones que correspondian al estado de su enfermedad, y peligro, sino es que el mismo Padre Ripalda assentò con gran consuelo, que se avia confessado quasi generalmente. Y para desembaraçarnos de tanta confusion de vozes, devemos acordarnos de lo que dize San Pablo: *Nolli contendere verbis, ad nihil vtilè est, nisi ad subversionem audientium.* Y asi fenecerèmos esta question, omitiendo el responder à las ilaciones que se sacan por los Abogados del señor Marquès, bolviendo solo à hazer memoria de esta question, que tanto material les ha dado, siendo por si tan breve, y conocida, pues se reduce à que es regla de leyes, que no se puede dezir, que es testamento otorgado *ad interrogationem* el que se executa, preguntando el Escrivano al testador, si quiere hazer testamento, respondiendo que *si*, nombrando heredero, y testamentarios, y señalando entierro, que es lo executado en este caso, como se ha calificado en todo este *§*.

967 Pero passando à la question, de quando se dirà el testamento hecho *ad interrogationem* (aunque no es del caso de este pleito) la distincion verdadera es, que los DD. que escriven por reglas, y haziendo tratados, ponen por mas comunes para que el testamento se diga verdaderamente otorgado *ad interrogationem*, y sea nulo, que el Escrivano aya sido llamado por el interessado; que sea verdaderamente sospechoso en la legalidad; que los tratados, y conferencias los ayan hecho aquellos que solicitavan la institucion; y que el Escrivano siguiendolos se los vaya proponiendo con especial sugestion, y el testador no responda à todo mas que *Si*: lo qual asientan Menoch. *dict. præsumpt.* 8. *num.* 38. *&* 39. Mantic. *in loc. relat. num.* 8. Pechi. *iam citat. num.* 7. Castill. *in dict. cap.* 27. *num.* 11. 65. *&* 72. Matienç. *in dict. gloss.* 16. *& in leg.* 1. *num.* 9. *& seqq.* Cancer. *tom.* 1. *variar. cap.* 4. *de testam. num.* 136. Paschal. *de virib. patr. potest. part.* 2. *cap.* 8. *num.* 54. & Rip. *in tract. iam relato, cap.* 21. *num.* 21. *& cap.* 61. *à num.* 7. *& num.* 14.

968 Los que escriven consejos, y alegaciones, favorecen su intento, contentandose con fundar sobre lo que està dicho el descaecimiento grande del testador, que el Escrivano fuesse llamado por el interessado, que despues pareciesse instituìdo. La ilegalidad, y las preguntas sugestivas, y otras, que aunque no sean estimables, las procuren deducir de los processos, co-

mo se reconoce en Soccin. Senior *lib. 3. consf. 92.* Dec. *lib. 2. consf. 65.* Ruin. *consf. 9. & 12.* Menoch. *consf. 45.* Franc. Becci *consf. 102.* Surd. *consf. 414.* Laderch. Nimolens *consf. 93.* Suar. *dict. allegat. 1.* Cald. Pereir. *consf. 24.* Alciat. *lib. 9. consf. 77.* Collegium Patau. *consf. 1. num. 18. & 19. inter consil. vltim. volunt. lib. 1.* Y otros, como fueron Menoch. loco iam relato, Ciriac. *dict. controuerf. 549. num. 71.* remiten al arbitrio de los señores Iuezes la estimacion de las disposiciones en que el testador responde vnicamente con la monosilaba *Si*; y Iul. Clar. *lib. 3. sententiar. §. testamentum, quæst. 37. num. 4.* dize, que se necessita de ley que la determine.

969 Reconozcase què aplicacion pueden tener, ni vnas, ni otras doctrinas à este caso, pues en los terminos en que estamos de preguntar el Escrivano, si quiere otorgar testamento, ò poder, que es de la obligacion de su oficio; y queriendo poder, como expressò el señor Conde, es consequēte la pregunta de à quien dà poder, y las demàs que se hizieron; y en este caso, semejāte disposicion se tiene por hecha, y por dictada del mismo testador, sin que en sus terminos aya Autor de quantos hemos podido reconocer, que ponga dolo, ni duda en semejante disposicion, ni controvierta en ella la interrogacion sugestiva, vt videre est apud Anton. Gabriel *lib. 4. receptar. sentent. tit. de testam. conclus. 2. num. 6.* Menoch. *in loco relato, num. 37.* Thesaur. *dict. quæst. 99. num. 11.* Rip. *dict. cap. 61. num. 22.* Surd. *consf. 414. num. 61.* Ciriac. *dict. controu. 549. num. 65.* Castill. *tom. 5. cap. 73. column. 2.*

970 Y aun passan algunos Autores à dezir por el vso, y practica comun de los negocios, que el Escrivano, sin sospecha, fiel, y legal, que ayuda al enfermo, gravado, y descaìdo, advirtiendole lo que puede faltar; y preguntandole sobre lo que ha de disponer, no excede de su ministerio, aunque le ponga lo mismo que el testador, probablemente le pudiera responder, y cumple con lo que toca à su oficio, porque este es el fin para que se le llama, y para esso es persona publica, y experta, à quien se fian las vltimas voluntades, y que el testamento otorgado en esta forma no se puede dezir hecho *ad interrogationem*, sino es libre, tenido por comun, y valido absolutamente, vt Alexand. *consf. 33. num. 9. lib. 3.* Sylvan. *consf. 54. num. 10. & 13.* Fachin. *consf. 8. num. 15.* Farinac. *consf. crim. tom. 2. consf. 97. num. 18.* Rota *part. 1. diuerf. decis. 638. num. 5.* Gam. *decis. 46.* Camil. Borrell. *in summa decision. tom. 3. tit. 20. num. 176.* Castill. *dict. cap. 27. num. 59. & 60.*

971 Tampoco es testamento hecho *ad interrogationem* quando el testador expressò su voluntad, nombrando heredero, y diziendo todo lo demàs necessario para vna disposicion, si despues aviendole dictado la voz del testador se pusiere por escrito en toda forma, y se leyere al mismo testador delante de los testigos, pregūtandole el Escrivano si lo otorga assi, aunque el testador no responda entonces mas que *SI OTORGO*, ò *SI*, porq̄ esta es contestacion de oficio, y no sugestion, como se prueba *ex leg. qui testa-*

stamento, §. veteres, 8. ff. qui testam. fac. poss. leg. hac consultissima, vers. At cum humana fragilitas, Cod. eod. tit. y es texto especial para probar esto la *ley Pamphylo, 39. §. propositum, ff. de leg. 3.* donde proponiendole al Consulto el caso de vn hombre, que estando muy enfermo, y en lo vltimo de la vida, dixo con propia voz, que tales, y tales predios los dexava a Gayo Seyo, este interessado reduxo à escrito la voluntad, y la leyò al testador, y los testigos preguntandole si lo queria assi, y èl respondiò *maximè*, sin añadir palabra alguna; en cuya especie se resolviò que no avia razon de dudar, porque aquella suprema contestacion no es mas que vn reconocimiento que confirma la voluntad precedente, y dà el complemento à la perseverancia de ella.

972 Esta doctrina, y la respuesta que se haze para la vltima contestacion, que sea oficio, y ministerio; no sugestion del Escrivano, demàs de ser legal, como hemos visto, es comun practica, y estilada, como assienta Menoch. *dict. præsumpt. 8. num. 9. & 34.* Surd. *dict. cons. 414. n. 54.* Laderch. *de immol. dict. cons. 93. num. 11.* Saar. *dict. allegat. 1. num. 28. & 36.* Castil. *dict. cap. 27. num. 62.* Cald. *dict. cons. 24. num. 10. & 14.* Matienç. *dict. glos. 16. num. 12.* Flores de Mena *dict. quæst. 1. num. 45. & 48.* Rip. *dict. cap. 61. num. 23.* Thesaur. *dict. quæst. 99. num. 14.* & Fachineo *lib. 5. controvers. cap. 69.*

973 De esto procede el que no estando (como no estamos) en disposicion de interrogacion sugestiva, porque la disposicion del señor Conde fue libre; expressò lo necessario, y que se requiere *ore proprio* para la validacion del poder, no fue preguntado sugestivamente; ni respondiò por la monosilava *SI*, ni estava tan in extremis que despues no huviesse hablado, parece que no ay medio por donde incluirnos; como se quiere por los Abogados del señor Marquès; no solo en disposicion sugestiva, ò hecha *ad interrogationem* para nulidad del poder; pero ni aun en las especies de que hemos hecho memoria, y que no dàn por sugestivas los DD. ni las tienen por hechas *ad interrogationem*, sino es que quieran que la vnica deposicion de Ripalda en quanto à esto, tan notoriamente convencida de incierta, prevalezca à la verdad manifiesta, y evidente por medios tan notorios, como estimados; lo qual no creemos que pueda caber, ni sea possible estimarse, y assi passarèmos al §. 3. de este Punto, en que procurarèmos ser mas sucintos.

§. III. del primer Punto..

En este se justificarà, y comprobarà que el poder no se otorgò ex falsa causa, ni por oluido del testamento del año de 42. y que quando le huuiesse auido, esto no incluye defecto de voluntad.

974 LA variedad de los medios, y la complicacion de algunas proposiciones la han ocasionado los Abogados del señor Marquès, por mezclar, y repetir vnas mismas consideraciones en diferentes partes; ya aplicandolas à sospechas de falsedad; ya poniendolas como medios para calificar defecto de voluntad; y ya para suponer defectos de solemnidad; y assi es precisso en cada parte dar satisfaccion à lo que le corresponde. Executòse assi en las sospechas de falsedad, pues la sospecha 11. mirò à dezir, que por el poder no se podia entender aver querido revocar el señor Conde vna disposicion tan acordada como la que contenia el testamento del año de 42. Alli se satisfizo como inverosimilitud. Aora la satisfarèmos como defecto de voluntad, por olvido del testamento, y suposicion de que procediò en el poder con falsa causa. Y si en esto nos arreglamos, como es justo, à la question legal, remitiendonos en lo que toca à hecho à lo que està dicho hasta aora, y en que no ay novedad, con brevedad se saldrà de esta question.

975 Para introducir esta falsa causa, olvido del testamento del año de 42. y que el poder fue nulo por defecto de voluntad, pues no le huvierà otorgado si se huviera acordado del testamento, se valen de dos medios; vno de hecho, y otro de derecho: el de hecho le visten de lo que dize el Padre Ripalda, que como testigo tan fidedigno tiene memoria para todas las especialidades que pudo prevenir la mas industriosa, y violenta Iurisprudencia. Este dize, *que auiendole preguntado si tenia hecho algun testamento al señor Conde, le respondiò, que no tenia hecho ninguno.* Este testigo bien desvanecido està. Otro testigo es el Secretario Carnero, el qual despues de suponer que tuvo vna conferencia con el Padre Ripalda sobre el poder de Toro; por lo tocante à esto dize, que en vna conferencia que tuvo con el Padre Ripalda, le dixo: *Que por què no se valia del testamento que el señor Conde-Duque auia otorgado el año de 642. y Ripalda le respondiò, què testamento? si le huuiera, què nos faltaua?*

976 Añaden lo que siempre, que los testigos de la probança del señor Marquès, y todos los del señor Duque afirmavan, q̃ el desconsuelo era comun en toda la casa, porque moria sin hazer testamento: que esto mismo suponia la entrada del poder, pues dezia, que respecto de su grave enfermedad, del temor de que los accidentes de ella no le darian lugar à hazer su testamento como era necessario: que la señora Condesa afirmò repetidamente no tener noticia del testamento del año de 42. y que si la huviera tenido, no huviera hecho disposicion contraria à èl.

Estos

977 Estos son los hechos de que se compone este §. y la ilacion legal que se saca de esto, se reduce à que la causa final de otorgar el poder fue el olvido del testamento, que si nò le huviera avido no huviera passado à otorgarle, ni hazer esta disposicion; y que conforme à la *ley fin. de hæredibus instituend. & leg. 21. tit. 5 part. 6.* con las doctrinas de Surd. Gracian. Mantic. y otros que referirèmos, el acto, ò testamento que se executò en fuerça de vna causa final falsa, y incierta, es nulo, y no obra efecto alguno; añadiendo; assi al hecho que hemos referido, como à la conclusion legal, algunas exornaciones sobre la inteligencia de los DD. haziendo el esfuerço mayor, y mas preciso; en que no es imaginable que el señor Conde si se huviesse acordado del testamento del año de 42. no huviera recedido, ni apartadose de vna disposicion tan acordada, prevenida, y premeditada; como la que se contenia en èl.

978 Dando satisfaccion à vno, y otro medio, parece que quedarà calificada la exclusion de la falsa causa; a que satisfacemos en este §. y aviendo empeçado por las consideraciones de hecho, ninguna de quantas hazen puede ser estimable, ni sirve para dar falsa causa, y olvido calificado en el señor Conde del testamento del año de 42. que es el extremo necessario para poder entrar en la question legal. Verase breve, y demonstrablemente en que por lo respectivo à olvido, y defecto de memoria en el señor Conde, no ay nada en los autos mas que la deposicion de Ripalda, à que ya no es justo demos mas respuestas; ni califiquemos mas convencimientos. Separada esta; la del Secretario Carnero no dize mas que lo que oyò hablando en conversacion al mismo Padre Ripalda, y lo que se deduce de lo que depone, es, que Ripalda nò tenia noticia de este testamento: vease lo que puede influir para olvido en el señor Conde; demàs de que conforme al *cap. licèt ex quadam, de testibus*, vbi DD. el Secretario Carnero solo depone oìdas del Padre Ripalda; y estando desvanecida, y convencida la deposicion de este, queda excluìdo el testigo de oìdas suyas. Dizelo mejor el texto: *Et satis videtur absurdum, eos admitti, quorum repellerentur Authores.*

979 Todo el numero de testigos de vnos, y otros litigantes que suponen, califican el olvido, no dizen nada en esto, reduciendose todos à que avia sentimiento, y dolor de que el señor Conde muriesse sin hazer testamento: y aunque les añidamos lo que se supone, y no dizen los testigos de que se procuravan ganar los instantes para que hiziesse testamẽto, ò otorgasse poder, nada de esto sirve, assi porque ninguno dize lo que depone Ripalda, ninguno afirma que el señor Conde estuvo desmemoriado, y con total olvido del testamento del año de 42. que era lo preciso para entrar en la question legal: y lo que se puede deducir de los testigos, es, que todos deseavan q̃ dispusiesse; pero ni aun en ellos mismos se califica ignorancia de que estuviesse hecho el testamento; con que no comprehendemos à què se pueda aplicar esta ponderacion de los testigos para calificar con ella el olvido, y vestir la conclusion legal que fundan.

Las

980 Las palabras del poder en la entrada, en que se dize: *Que por quanto Nuestro Señor ha sido servido de darme vna graue enfermedad, y temo que los accidentes de ella no me han de dar lugar à hazer mi testamento, &c.* de que inducen ignorancia, y olvido del testamento del año de 42. Nada es mas impropio para calificar este olvido que estas palabras; y antes bien suponen quando huviessen de servir memoria de otro testamento, que ò el testador no le tuvo por estimable, ò no quiso que valiesse; y por esso en la forma que podia hazia nueva disposicion.

981 La repeticion que tambien se supone explicada por la señora Condesa de que no tuvo noticia del testamento del año de 42. esta es incierta, y lo podemos assentar assi, ni del pleito, puede resultar que lo dixesse mas q̃ vna vez; y si se apuran los autos, como se justificarà en la parte donde toca hablar de esto, ni aun esta vez que se supone lo dixo; pero aunque esto se lo concediessemos, no puede servir, pues bien cabe el que la señora Condesa no tuviesse noticia del testamento del año de 42. y que no estuviesse olvidado de èl el señor Conde, y lo que avian menester calificar era el olvido en el testador, no en la señora Condesa.

982 Reconozcase, pues, de todo este hecho, què justificacion, què probança, que demonstracion, ò comprobacion estimable se puede sacar por donde se califique que el señor Conde otorgò el poder *ex falsa causa*, y con olvido de el testamento; y si ay motivo para que se diga *que por los Abogados del señor Duque se cogieron los discursos al ayre, se huyò el cuerpo à la verdad, y se afirmò que para el oluido no auia mas testigo que Ripalda*, quando de todo lo que violentamente amontonan los Abogados del señor Marques para dar cuerpo à este olvido en el señor Conde, no ay nada en los autos, y todo quanto se rastrea es, si se deseava mucho que dispusiesse, si la señora Condesa ignorava, ò no el testamento; y si el Escrivano puso, ò no maliciosamente la clausula de la entrada de èl, que hemos referido; y si era creìble que vn testamento que le avia costado al señor Conde tanto desvelo, y premeditacion, acordado de èl, le avia de querer destruir con vn poder, que se passò à otorgar tan atropellada, y arrebatadamente, como si en los hombres de la mas alta gerarquia no mudassen los dictamenes, no solo los años, y la inconstancia de la fortuna, sino es las horas, y aun los instantes para ocurrir à prevenir lo que quizà, ò el afecto, ò la contemplacion, no les avia dado lugar à que lo cautelassen, y como diximos en la satisfaccion de la sospecha once de falsedad, el testamento de el año de 42. pudo caber en la idea, y planta de vn Valido constituìdo en la mas elevada representacion; pero lo que aun entonces se tuviera por demasido, como cabia que lo quisiesse mantener depuesto de aquel grado, y aun mas que retirado en la Ciudad de Toro.

983 Supuesto el verdadero hecho que resulta de los autos, el qual es puntualmente el que hemos referido, y que no ay probança, ni justificacion del olvido en el señor Conde, pues todo lo que se esfuerça se reduce à

vnas

vnas consideraciones aëreas, y voluntarias, passarèmos à la exclusion de la disposicion legal en que se fundan; la qual, no solo desvanece el intento que fundamos, de que por el poder quedò revocado el testamento del año de 42. sino es que aun en los mismos terminos de las leyes, y DD. que citan fundamos su exclusion. Es regla del *§. posteriore instit. quibus modis testam. infirmentur, leg. 1. leg. cum in secundo, ff. de iniusto rupto*, & plena manu Antunez de Portugal *de donationibus Regijs. part. 3. cap. 17. num. 1.* que el testamento primero *ipso iure*, que se otorga poder, ò testamento posterior, valido, y solemne, queda revocado, sin que se necessite de otra expression, ni circunstancia: siendo esto vn principio de derecho invariable; y assi si (como creemos) el poder del año de 45. fue legitimo, y solemne, no ay duda en que por èl quedò revocado el testamento del año de 42. sin que sirva, ni pueda influir para impedir esta revocacion el que tuviesse, ò no presente el señor Conde, y en su memoria el testamento que antes avia otorgado; porque como se deduce de los textos que hemos referido, y otros muchos concordantes, y de tanto numero de Autores como se refieren por Antunez *dict. num. 1.* como la voluntad es deambulatoria, y el testamento es revocable *vsque ad mortem*, no obligò à mas el derecho, que à que aya disposicion posterior, *ritè, & rectè facta*, para dar por revocadas todas las anteriores.

984 Este supuesto nos le confirman los mismos textos, y DD. de que se valieron los Abogados del señor Marquès, que son la *ley final, ff. de hæredibus instituend.* y la *ley 21. tit. 1. partit. 6.* en cuyas especies no estamos; porque la *ley fin.* y la de la Partida ponen el caso del testador que haze segundo testamento, revocando la institucion que tenia hecha en el primero, expressando la causa por que lo haze, que era el que se le avia dicho que avia muerto el heredero instituido en el primero, ibi: *Rumore prolato, quasi filia eius mortua, mutauit, & hæredem instituit, hac præfatione, quia hæredes quos volui habere, mihi contingere non potuit.* Y la ley de Partida, ibi: *Fueras ende si alguno huuiera hecho à otro su heredero en el primero testamento, è èl creyendo que era finado, fiziesse despues otro en que dixesse: Pues que yo non puedo auer à Fulan mio heredero, segun que me han dicho, ago à otro Fulan mio heredero.*

985 De manera, que vna, y otra ley, sobre resolver en distinta especie para que no quedasse revocada la institucion del primer testamento, no solo se contentan con que sea falsa, ò incierta la causa que moviò al testador à hazer nueva disposicion, sino es que expressamente quieren que la expresse el testador, y diga, que haze por esto el vltimo testamento. De esto se sigue, que en el vltimo testamento en que el testador procediò libremente, y no tuvo causa manifiesta, y expressa, por la qual entrasse à hazer testamento, como la que se propone en estas leyes, no parece que puede tener controversia, que la vltima disposicion anula, y irrita la primera.

986 Sin que las consideraciones de que hemos hecho memoria puedan

dan servir de nada, porque sobre ser tan estrañas, y impropias, resiste la disposicion legal su estimacion, pues no se contenta con que moviesse alguna causa al testador, sino es que requiere la precisa expression de ella para mantener la primera disposicion, como nota Gothofredo *en la gloss. de la ley fin.* y Gregor. Lop. *in dict. leg.* 21. añadiendo este, que quando se quiere calificar que el testador passò a segunda disposicion movido de falsa causa, porque juzgò que el heredero instituìdo en el primero avia muerto, es necessario que esta la prueve el interessado con tantos testigos quantos se requieren para el testamento, *gloss.* 3. ibi: *Et quid si falsa causa propter quam testator motus fuit, non fuit expressa in testamento, sed coram testibus,* vide per Immolam *in dict. leg. fin. Volentem quod non sufficiat, nisi exprimatur coram testibus, qui requiruntur ad validitatem testamenti.*

987 Siguen la regla de estas leyes comunmente los DD. que tocan la question, de que no queda revocado el primer testamento por la falsa causa final que obligò à otorgar el segundo, declarandola el testador en su testamento; pero no declarandola, no ay duda en que queda revocado el primero, vt asserit Surd. *cons.* 373. *num.* 22. Gratian. *tom.* 3. *discept.* 558. *num* 28. Mantic. *de coniect. lib.* 6. *tit.* 14. *num.* 12. Menoch. *lib.* 4. *præsumpt.* 24. *num.* 5. Tiraquel. *in tractat. cessante causa, limitat.* 1. *num.* 64. & cum alijs plurib. Castill. *tom.* 6. *controuers. cap.* 172. *per totum, & præcipuè num.* 16. & D. Valenç. *cons.* 119. *à num.* 78. *& cons.* 154. *num.* 7.

988 Y si conforme à toda buena disposicion legal la voluntad es deambulatoria, y en aviendo nueva disposicion, ò testamento valido, cessan, y quedan revocados todos los antecedentes, como para no cansar con copia de DD. asienta por regla (demàs de los que referimos al principio) Giurb. *in Consuet. Mesanen. cap.* 6. *gloss.* 2. *part.* 1. *à num.* 15. D. Covarrub. *in rubric. de testam. part.* 2. *à n.* 1. y no hallamos que la disposicion legal prevenga, si tuvo presentes los testamẽtos antecedentes, poco importarà el que se olvidasse, ò no se olvidasse el señor Conde al tiempo de dar el poder del testamento del año de 42. y asi parece que es invtil esta disputa, y con mayor razon quando vemos solo limitada la vniversalidad de esta regla en el caso especial de quando el testador hizo disposicion movido de falsa causa, como la de tener entendido que el heredero instituìdo avia muerto; y aun en estos terminos, si no lo expressa, y dize, que por esto haze la nueva disposicion, valdrà el segundo testamento, porque en èl se verifica la regla del *§. posteriore instit. quib. mod. testam.* y la que dà el comun sentir de los DD. Y no puede tener violencia, aunque mas interpretaciones ayan querido dar los Abogados del señor Marquès, la doctrina de Peralta *in leg. si quis, in princip. ff. de leg.* 3. siguiendo à Paul. de Castr. *in leg.* 1. *num.* 4 *ff. de iniusto rupto*, que asienta, que por el postrer testamento queda revocado el anterior, aunque el testador no se acordasse de èl, porque en ella siguen la regla de derecho, y el comun sentir de los DD.

989 Siendo esto tan cierto, que Peralta dize: *Producitur dicta regu-* *la,*

la, etiam si quando testator fecit secundum testamentum, non recordabatur fecisse primum. Y luego concluye el caso de la vnica limitacion, que es la de la *ley fin. de hæredibus instituend.* y la de Partida, que hemos referido: *Secus esset quando ipse testator putaret, aut crederet hæredem, primò institutum, iam decesisse, cum tamen falsum esset.* Se hiziera evidencia de esta conclusion con muchos numeros de textos, y autoridades, las quales omitimos aora, porque en el Punto segundo de este Medio, en el primer defecto de solemnidad, es preciso tocar integramente esta question, para excluirle, y assi nos remitimos à lo que en èl fundaremos mas por extenso.

990 De esto resulta no comprehender de què puede servir este motivo de falsa causa, tan exornado en las defensas del señor Marquès; pues ni ay indicio estimable de que en el señor Conde huviesse olvido del testamento del año de 42. ni quando le huviesse podia servir para que no subsistiesse el poder del año de 45. ni en el señor Conde huvo falsa causa, porque creyesse que eran muertos los herederos instituìdos en aquel testamento, porque tenia presente, y à la cabecera al Marquès de Mayrena, no avia rumor de que los demàs llamados huviessen faltado, ni nada de quanto se supone; y assi parece que justamente, por no detenernos, assentadas las reglas, assi de hecho, como de derecho, podemos passar à otros motivos, sin responder à algunas ponderaciones sobre si la clausula de revocar, y anular los testamentos antedentes es consueta, ò no; si esta se suele poner en los poderes, y otras menudencias poco estimables, pues el vso comun, y forma vniversal de executar semejantes clausulas le tienen calificado invariablemenete la costumbre, y practica vniversal; con que el entrar en esto, solo sirviera de aumentar materiales en puntos que tanto se desean ceñir à lo muy preciso.

Segundo Punto de defensa de este Medio tercero.

En èl desvanecerèmos todos los defectos de solemnidad que se han opuesto al poder otorgado por el señor Conde en el año de 45. ante Bernardino de Benauides, Escrivano del Numero, y Ayuntamiento de la Ciudad de Toro.

991 EN este Punto de defensa seguirèmos el metodo que hemos observado en el primero, dividiendole con la misma distincion, y claridad por §§. poniendo en cada vno lo que corresponde à cada defecto; y assi siendo seis los que se oponen en lo respectivo à solemnidad, ya que no podamos escusar el responderlos, por ser preciso en la obligacion de la defensa, la separacion facilitarà la verdadera inteligencia.

§. I.

§.I. y primer defecto de ſolemnidad.

Que por el poder del año de 45. que ſe reduce à vn teſtamento nuncupatiuo, en el qual huuo menos ſolemnidad de teſtigos que los que intervienen en los teſtamentos in ſcriptis, no ſe pudo derogar, ni revocar vn teſtamento tan ſolemne como el del año de 42.

992 REconociendo los Abogados del ſeñor Marquès, que no podian, ni devian oponer como defecto de ſolemnidad la queſtion de ſi por el poder del año de 45. quedò, ò no revocado el teſtamento del año de 42. y que avian de herir en eſta miſma queſtion por el medio de defecto de voluntad, y por otros de que hemos hecho mencion en diferentes partes del primer Punto de eſte Medio tercero, vſando de ſu deſtreza, le introducen como preludio, ò ſupueſto, para entrar à proponer los defectos de ſolemnidad, y facilitarlos, moviendo el concepto ſolo con excitar, ò tocar eſta queſtion, haziendo ſupueſto de la duda, y queriendo calificar como verdad ſolida lo que es incierto en la mas ſegura diſpoſicion legal, contra lo que previno la *ley Imperatores, Cod. de tut. & ration. diſtrab. Cùm hoc ipſum quæratur*; y con tan eſpecial arte, que fundan las reglas de que el ſegundo teſtamento revoca el primero, aunque ſea menos ſolemne, no en la forma; poniendo el exemplo, quando el primero fue *in ſcriptis*, y el ſegundo nuncupativo, aunque en eſte no ſe ponga clauſula revocatoria del primero, deduciendo de ellas, que eſto no puede proceder en el caſo de eſte poder, por que tiene dudas, por que ſe halla con vicios, y por que le faltan ſolemnidades; queriendo ſacar la queſtion de las reglas, y prevertir el concepto con vnos ſupueſtos falſos, contra lo que previene Seneca, aunque para otro intento, muy à nueſtro propoſito, *lib. 7. de beneſ. cap. 23.* ibi: *Quoties parum fiduciæ eſt in his quibus imperas, amplius eſt exigendum, quam ſatis eſt, vt præſtetur, quantum ſatis eſt. In hoc omnis hyperbole extenditur, vt ad verum mendatio veniat.* Y aſsi para ceñirnos todo lo poſsible, procederèmos aſſentando brevemente las reglas, y ſatisfaciendo à algunas doctrinas, para deſvanecerlas, con las quales mañoſamente ſe quiere introducir la duda.

993 Confieſſan (porque no cabe el poderlo negar) que el ſegundo teſtamento nuncupativo perfecto rompe, y revoca el primero *in ſcriptis*, aunque tenga, no ſolo las ſolemnidades regulares, ſino es otras muchas. La regla ſobre otros textos que hemos citado antecedentemente, es de la *ley 2. ff. de de iniuſt. rupt. leg hac conſultiſsima, §. ſi quis autem, Cod. de teſtam.* ibi: *Tunc autem prius teſtamentum rumpitur, cum poſterius eſt, leg. ſancimus, Cod. eod. Ipſo iure prius tollitur teſtamentum, §. poſteriore inſt. quib. mod. teſtam. infirment. leg. Pater filio, ff. de hæredib. inſtituend. leg. 8. 21. 22. & 23. cum alijs, tit. 1. part. 6. DD. in cap.* cum Martha *de celebratione*

Miſſa-

Missarum; y son innumerables los Autores que juntaron D. Covarrub. *in rub. de testam. part. 2. num.* 21. Menoch *cons.* 275. *num.* 1. & *cons.* 1020. *à num.* 19. Fontanel. *decis.* 203. Castill. *lib.* 4. *controuers. cap.* 37. *num.* 31. D. Valenç. *cons.* 69. *num.* 250. Gurb. *in Consuet. Mesanens. cap.* 6. *glos.* 2. *part.* 1. *à num.* 15. Antunez de Portugal *de donationibus Regijs*, *part.* 3. *cap.* 17. *à num* 1.

994 Que esta regla proceda, aunque en el segundo testamento no aya clausula revocatoria de los antecedentes, no tiene duda, porque sin ella quedan revocados solo con el hecho de otorgar el segundo, por lo que comunmente notan los DD. en la *hominum. Cod. de testam.* Bald. Ias. Decio, y otros, à quien refieren Gregor. Lopez *in leg.* 103. *tit.* 18. *part.* 3. *glos.* 5. Gratian. *discept. tom.* 4. *cap.* 605. *à num.* 1. Scip. Rovit. *cum alijs*, *cons.* 93. *à num.* 2. Y esta regla no nos la niegan, como tampoco que hallandose la clausula revocatoria puesta en el testamento, como lo està en el poder, no puede quedar duda en la revocaciõ, Rovit. *dict. cons.* 93. *num.* 12. & *decis.* 56. *num.* 10. Pero nos dizen que todo esto procederà muy bien si se verificare la regla *del §. posteriore inst. quib. mod.* donde se asienta, hablando del segundo testamento; *Si iure perfectum est*; y si se verifica lo prevenido por la *ley sancimus*, ibi: *Sin autem in medio tempore contraria voluntas testatoris ostenditur*; *siquidem perfectissima est secundi testamenti confectio, ipso iure prius tollitur testamentum*; añadiendo lo que nota la *ley* 3. *tit.* 14. *part.* 6. y valiendose de la doctrina de Antonio Fabro *de erroribus pragmaticor. tom.* 3. *decad.* 66. *error* 1. y otros argumentos deducidos de Ciriaco, y Pedro Surdo para probar contra las reglas, que el testamento segundo nuncupativo no revoca el primero *in scriptis*; con que si estos fundamentos quedaren (como quedaràn con evidencia convencidos) lo quedarà tambien este primer motivo, que como preludio de defecto de solemnidad le propusieron solo para introducirlos.

995 No negamos que si el segundo testamento tuviere vicio, sospecha grave, defecto visible, no revocarà el primero, y que es preciso que sea solemne, y legitimo; y siendo solo el poder del año de 45. como harèmos evidencia por las mismas reglas en que se fundan, excluìmos su intento, *leg. sancimus, ipso iure prius tollitur testamentum*: con tal eficacia, que los instituidos en el primero quedan sin exercicio de acciones algunas, *leg. nec ullam, §. item, de petit. hæredit.* Afflict. *decis.* 271. *num.* 3. Menoch. *de retinend. poss. remed.* 3. *num.* 69. Ossasc. *decis.* 160. *num.* 12. D. Valenç. *dict. cons.* 69. *à num.* 250.

996 De aqui nace la inteligencia de la *ley de Partida* citada, donde se manda *oìr à las partes, y dar la herencia à el que tuuiere mejor derecho*: la qual no solo no desestima el segundo testamento, sino es que le califica mientras no constasse de vicio que le anule, siendo este el que estima, y tiene por legitimo, q̃ es lo que dispone la *ley fin. Cod. de Edict. Diu. Adriano. Tollend. Non abolitum, neque cancellatum, sed quòd in prima figura, sine*

omni vituperatione apparet, *leg.2. dict.tit.14.part.6.leg.3.tit.13.lib.4. Recop.cum multis* Castill. *tom 3.cap.2.à num.* 116.Don Francisco Merlin. *tom.1.controu.10.num.5.*

997 Siendo esto tan invariable,que el que tiene à su favor el vltimo testamento sin vicio visible, funda su intencion mientras el que se vale del primero no mostrare los defectos que le desvanezcan,ò anulen. Y esto es lo que dixo la *ley de Partida*, y asientan Ias. *in leg.duobus, §.idem, ff.de iur.iurand.* ibi: *Habens secundum testamentum dicitur habere intentionem fundatam.* Lo mismo comprueba Decio *cons.475.num.3*.à quien siguen Sforcia *cons.89.num.41*.Surd.*cons.350.num.8. & cons.414.num.22.* Argel. *de legit. contradict. art.1. quæst.2. à num.* 34. *& communiter DD.* y con especialidad Anton.Gomez *in leg.45. Taur. num.148.* ibi: *Sed in hoc articulo,quòd si potest constare de posterioritate alterius testamẽti;etiam per horam,& momentum,illud debet prævalere.* Y en el *num.149.* (explicando la *ley 3.tit.14.part.6.* citada en contrario) asienta,que el testamento,ò disposicion vltima *ipso iure*, destruye la primera mientras que el que se funda en ella no prueba nulidad,ò defecto que destruya el segundo;de que resulta,no solo la subsistencia,y validacion del segundo, sino es que es preciso que le desvanezca el que se funda en el primero.

998 Las doctrinas que se citan por singulares son agenas de esta question,y para no detenernos, la de Fabro *de error. pragmat. tom.3. decad.68. error 1.* no es estimable, porque no niega Fabro que el testamento nuncupativo posterior no revoca el anterior *in scriptis*,sino es que siendo nuncupativo necessita de revocacion, ibi: *In eoque conuenit mihi cum frequentiore schola interpratum, sed cum hac tamen differentia, quòd si posterius per solemnem scripturam factum sit,omnimodò prius reuocatur, & ipso iure,tametsi nulla eius mentio facta sit in posteriore, si verò per nuncupationem tantum posteriore loco quis testatus sit, non aliter reuocatum intelligitur prius testamentum per posterius,quam si expressa prioris reuocatio in posteriore contineatur.*

999 Y fue tan singular en esta opinion,q̃ es erronea, como èl mismo confiessa,pues dize inmediatamente à las palabras referidas (y dize bien) *Quòd nescio an ex interpretibus quisquam in hunc diem ante me dixerit*; y assi su misma singularidad le repele, aun quando no huviera el sentir del señor Govarrubias, y otros ya citados, y tantos textos como la convencen.

1000 Las doctrinas de Pedro Surdo *cons.373.* Ciriac. *controu.360.* Cesar Argel. *de legitim.contradictor.quæst.2.art.1.* Cancer. *lib.1.variar. cap.4.num.81.vltim.impres.* no solo no desvanecen este intento;pero antes bien le califican,sin que comprehendamos para què puedan servir, estrañando que hombres tan doctos traigan estas autoridades para fundar que el que tiene por si el vltimo testamento, no funda su intencion, pues estàn tan agenos estos DD. de afirmar esto, que antes bien asientan, que

por

por el segundo testamento quedò revocado el primero, Surdo en el *conf. 414. num. 22.* dize: *Qui habet pro se vltimum testamentum, dicitur habere intentionem fundatam.* Y el dezir en el *conf.* 373. que no se estimò el segundo testamento, no fue por que niegue la regla; sino es por que el que tenia a su favor el primer testamento, probò que el segundo se avia otorgado con falsas sugestiones, induciendo al testador, y aviendole hecho creer que el heredero del primero le avia querido quitar la vida, y que siempre hablava injuriosamente de èl. Explicalo bien en el *num.* 18. Surd. *Non solum importunæ suggestiones interuenerunt, sed etiam dolosè, & falsè instigationes; suadebatur enim testator, quòd hæres primus scriptus, illud tollere de medio viuentium tentauerat, non solum veneno, sed ferro, etiam quòd iniuriosos de eo sermones ferebat, quòd ei continuò maledicebat.* Buena doctrina para probar su intento los Abogados del señor Marquès.

1001 El lugar de Ciriaco *controuerf.* 360. es tan ageno de esta question, como se verà de su especie, aunque estè en el *num* 41. sin embargo en lo vniversal de la regla la confiessa, ibi: *In dubio qui habet secundum testamentum pro se habet fundatam intentionem.* El caso de Ciriaco es, quando el primer testamento se otorgò con clausula especial derogatoria sobre que ay muchissimos lugares, y en ella se puso, que para que el testamento posterior valiesse se avia de poner a la letra la Oracion *Gaudium cum pace*, que despues se otorgò testamento, y no se puso esta Oracion. Vease què buena doctrina, y què buena resolucion terminante, y para què pueda servir esto.

1002 El lugar de Argelo, no solamente no conduce; pero prueba lo contrario, pues disputa la question de dos que vienen à pedir la immision en possession en virtud de dos testamentos, qual deve ser admitido; y despues de fundar las reglas, dize en el *num.* 34. *Si verò apparet, quòd nam sit posterius cum per illud tollatur prius, nullus dabitur concursus, & ideò nulla contradictio.* Y prosigue en el *num.* 35. *Nimis durum videri, vt venias cum testamento rupto, de quo ruptum esse notoriè appareat, nempè per instrumentum posterioris testamenti, quòd facit notorium*, alegando à Bart. y otros: y assi no solo no assienta lo que se intenta; pero califica que para la mission en possession, y todos los demàs derechos, es preferido el que tiene à su favor el segundo; y la practica que refiere en el *num.* 45. de la Curia Romana, es solo el de admitir por contradictor al que tiene à su favor el primer testamento, con la carga de probar la exclusion del segundo, y esto no tiene novedad, ni puede servir en nuestro caso, por averse executado assi en el juizio de tenuta, y sin embargo se le diò al señor Duque de Medina.

1003 La doctrina de Cancerio *tom. 1. cap.* 4. no es adaptable tampoco à esta question, assi por que habla en la especie, y terminos de los testamentos que se otorgan en Cataluña, que llaman Sacramentales, y aqui no huvo esto, con que es discurrir *à disparitate*; demàs de que Cancerio

constando de la voluntad, y animo deliberado del testador, aun en el testamento sacramental, resuelve, que por èl queda revocado el primero, aunque los testigos de la voluntad no ayan sido rogados, como la depongan, como assienta en el *num.75.* ibi: *Licèt testes non debent esse rogati, verùm disponit Senatus, quòd appareat testatorem habuisse animum deliberatum testandi.* Y por estos mismos motivos se califica, que la *ley si pars, ff. de inofficios. testam.* es de nuestro preciso intento, y que en ella està determinado lo mismo que fundamos, ibi: *Si pars iudicantium de inofficioso testamento contra testamentum, pars secundum id sententiam dederit, quòd interdum fieri solet, humanius erit, sequi eius partis sententiam.* Y no se puede dezir, para excluir la disposicion del poder otorgado en toda forma, que no obra la *ley si pars.* Y para que se reconozca que el señor Conde quiso testar, y testò libre y deliberadamente, sin bolver à repetir lo que và fundado, harèmos memoria de la fuerça del poder, y las assistencias legales con que se halla, que son las mas precisas, y estimables, y en cuya virtud no se puede negar que por el poder, y testamento otorgado en su consequencia, quedò revocado el primero.

1004 Hemos fundado la constante voluntad de disponer en el señor Conde, que dispuso legitima y legalmente, dando poder, nombrando heredero, y lo demàs que resulta de èl, sin sugestion, ni falsa causa, y conforme à la ley de Toro, y que es instrumento que por si *habet præsumptionem legis, & veritatis.* Que en fuerça de èl se diò la tenuta al señor Duque de Medina de las Torres, opuestos todos los vicios que aora se oponen, sin que nos embarace la doctrina de Paz, à que por estar satisfecho no respondemos. Que este poder fue legitimo, y eficaz para que la señora Condesa tomasse luego que muriò el señor Conde possession judicial de todos los bienes, y Estados. Que se le diò en tres de Iulio del año de 45. Que en su consequencia otorgasse testamento, y fundasse mayorazgo en la conformidad que se le avia comunicado por el señor Conde, afirmandolo repetidamente. Y que en el año de 47. renunciò el vsufructo de parte de los Estados en el Marquès de Mayrena, el qual en virtud del poder, y del testamento, que como comissaria executò la señora Condesa, tomò tãbien la possession, y vsò de ella hasta 28. de Febrero del año de 48. en q̃ muriò; y q̃ esta possession que se executò en observancia del instrumento, no solo se continuò desde el año de 45. hasta el de 48. sino es que fue quieta, y pacifica, sin cõtroversia alguna, à vista, sciencia, y paciencia del señor Marquès de Leganès, y del Marquès de Morata su hijo, y no solo fue con sciencia, y paciencia presumptiva, sino es expressa de los interessados; pero tambien concurriò aprobacion del poder, y disposicion hecha en su virtud, de su Magestad, y del Consejo, pues à pedimento de la señora Condesa despachò Cedula en el año de 46. para que el señor Ioseph Gonçalez administrasse todos estos Estados, y el Consejo dispensò à la señora Condesa la ley del Reyno, concediendole prorrogacion de ocho meses para executar la dis-

disposicion, y por su muerte con ocasion de aver sucedido el Marquès de Mayrena, se despachò segunda Cedula en el año de 48. para que el señor Ioseph Gonçalez continuasse en la administracion, y otros actos que resultan del contexto de los autos, y manifiestan la estimacion del poder, el testamento, y disposicion que en virtud de èl se executò, no solo con aprobacion, y sin contradicion de los interessados, sin ignorancia suya, y con sciencia del Principe, y sus Tribunales.

1005 Resultando de esto vna eficacissima estimacion de este poder, y vltima voluntad del señor Conde, por tener à su favor tantos actos publicos, judiciales, y extrajudiciales, de tanta, y tan especial autoridad, y recomendacion como los q̃ hemos referido, con vna possessión quieta; de lo qual se sigue, no solo el estar todas las presumpciones de hecho, y derecho à su favor, sino es que por ellas se puso esta disposicion en estado de averse de estimar, y incapaz de poderse impugnar, ni rescindir, sino es con vna evidencia notoria, y vna probança manifiesta; *cap. contingit, de transact.* ibi: *Transactionem quam fecit (si fuerit aliquot annis seruata) capitulum, ac si non consenserit in eam, non poterit reuocare*, Philip. Dec. *cons.* 448. ibi: *Concurrit quòd donatio ista habuit effectum, & obseruata fuit per plures annos; vnde non debet de facilè retractari*, Rebuf. *de præsumptionib. §.* 1. *glos.* 4. *versic.* 11. Paul. Paris. *cons.* 88. *num.* 47. *versic.* 1. Marth. *cons.* 181. *num.* 11. Gratian. *disceptat.* 168. *num.* 5. Tiber. Dec. *respons.* 28. *lib.* 3. Farinac. *in recentior. tom.* 2. *decis.* 725. *num.* 6. Menoch. *cons.* 163. *num.* 11. Mantic. *de tacitis, & ambig. lib.* 26. *tit.* 9. *num.* 47.

1006 Siendo la razon de esto la que da Bald. *cons.* 402. *num.* 5. diziendo, que la observancia de vn instrumento le haze que merezca perpetua fee: *Nam instrumenta per obseruantiam partium transeunt, in perpetuam fidem*; afirmando lo mismo Felin. *in cap. sicut, de re iudic.* à quien siguen Cravet. Surd. Dec. Burat. Corn. y otros, y para esto juntaron con estos Autores otros que refieren Peregrin. *cons.* 64. *num.* 19. *volum.* 1. Seraphin. *decis.* 928. *num.* 2. Cavall. *decis.* 122. *num.* 4. & 7. y Farinac. *dict. tom.* 2. *recentior. decis.* 703. *num.* 8.

1007 Y no solo ay las aprobaciones que hemos referido calificativas de este instrumento, sino es la de que la transaccion que se executò con el señor Don Luis de Haro, fue con asistencia del señor Marquès de Leganès, el qual la aprobò, y autorizò firmandola: y aunque esto no prueba el que por semejante acto quedò calificado el poder, ni incapaz de impugnarle el señor Marquès, sin embargo produce vna presumpcion muy relevante à favor de este instrumento para vencer qualquiera duda que se le oponga, y especialmente para que no probado que el poder fue falso, ù otorgado sin voluntad del señor Conde, y con delirio, quede existente, y revocado por èl el testamento del año de 42. que es lo que en este §. disputamos, teniendo à nuestro favor, aun sin esta circunstancia, todas las reglas que califican que por la vltima disposicion queda revocada la prime-

 ra;

ra; de tal suerte, que el que se funda en el primer testamento tiene obligacion de probar concluyentemente la nulidad, ò defecto del segundo, sin que huviesse disposicion vltima que subsistiesse, si solo con la impugnació deviesse desestimarse, y no fuesse necessaria la obligacion de probar con evidencia, como notò bien Apuleyo *in apolog. pro se ipso* para este intento, ibi: *Hoc pacto omnes homines facilimè rei constituerentur, si ei qui nomen cuiuspiam detulerit, nulla necessitas sit probandi.* Con que parece que queda convencido este primer defecto de solemnidad, que como preludio se opone, y asi sin dilatarnos mas passarèmos al segundo.

§. II. y defecto segundo de solemnidad.

En este se intentò por los Abogados del señor Marquès calificar que el poder contuvo defecto de solemnidad, y nulidad por no auer sido rogado, y llamado el Escriuano para otorgarle.

1008 PAra calificar los Abogados del señor Marquès este defecto de solemnidad, executan lo q̃ hemos referido en otras partes, q̃ es hazer supuesto de la question, assentando por llano, sin controversia, y como indubitado, no solo que Benavides no fue llamado, siuo es que el testamento otorgado ante Escrivano no llamado, y rogado, es nulo, no tiene valor, ni firmeza, y que instrumento q̃ padece semejante defecto, no puede subsistir. Para probar lo que toca al hecho de que no fue llamado, ni rogado por el testador, destroncan las deposiciones de los testigos, vsando de ellas con aquella destreza, y libre arbitrio con que las han manejado, aunque con poca puntualidad: por lo que toca à la disposicion legal, se fundan afirmandolo como principio constante en la Glossa *in Authent. de Tabellionibus, §. nos autem, verb. Iniungantur*, y las doctrinas de Ciriaco, Rodr. Suar. Cald. Pereir. y otros, que como dirèmos despues, no conducen, ni son adaptables à este punto.

1009 En esta question nos sucede lo mismo que en todas las que se incluyen en este medio, porque para ella se supone el hecho, y se finge el derecho, y en esta con mas precision; pues para que no fue rogado, ò llamado el Escrivano por el señor Conde, no ay probança; y quando la huviesse de que el señor Conde en el principio no mandò llamar à este, ni otro Escrivano, no ay question sobre que cayga esta disputa, ni fundamento estimable para el defecto de solemnidad que proponen; y para que esto se manifieste con evidencia, nos entrarèmos en la duda de derecho, y por lo que toca al hecho nos remitirèmos para no dilatar à lo que queda calificado en el §. y question de si este poder se hizo, ò no *ad interrogationem.*

1010 No ay ley de derecho comun, ni del Reyno que mande, ò dispon-

ponga que los Escrivanos sean rogados para la confeccion de los testamentos, y solo previnierõ el ruego en los testigos, *leg. hæredes palam, §. penultim. ff. de testam.* ibi: *In testamentis in quibus testes rogati ad esse debent, vt testamentum fiat*; *leg. hac consultissima, Cod. de testam.* y lo mismo dispone la *ley 8. tit. 5. lib. 5. for. leg. 1. tit. 1. part. 6.* ibi: *E tal testamento como este deue ser hecho ante siete testigos, que sean llamados, y rogados, &c. glos. 32. tit. 16. part. 3.*

1011 Y si el Derecho comun, y de las partidas huviera querido el ruego en los Escrivanos para la solemnidad de los testamentos, le expressara en ellos, como le expressò, y declarò en los testigos, *leg. fin. §. sin autem, Cod. de caduc. tollend. cap. ad Audientiam, de decim. cum aliis*; sin que por esto se niegue lo que dize la *Authentica de Tabellionibus, §. nos autem, collat. 4. verb. Iniungantur*; la qual, aunque habla en todos los instrumentos *in genere*, sin expecificar el testamento, ni poner en èl este requisito por especial, dize: *Ad hoc vt Tabellio faciat cartham, opportet sibi mandari à partibus, siue verbo rogo, siue delego, siue volo, siue similibus verbis.* Y de esta Authentica no se deduce la calidad de rogado en el testamento, ni de que esta pueda influir nulidad en èl.

1012 Y lo mas que deducen algunos Autores de ella, como son Rodrig. Suar. *alleg. 1.* Ciriac. *controuers. 549.* Cald. Pereir. *cons. 24.* y los demas que hablan en esto vàn sobre el supuesto de testamento hecho verdaderamente *ad interrogationem*, como dexamos verificado en el § de la interrogacion, adonde pusimos à la letra estas, y otras autoridades, suponiendo los Autores, no que es preciso que sea llamado, y rogado, sino es que este defecto vnido à los demas actos que califican el testamento hecho con sugestion sirve para comprobarlo: y aun en ellos resuelven, q̃ si aunque el testador no mãdasse llamar el Escrivano, si este constasse que le preguntò, y respondiò à todo el contenido de lo que deve comprehender la disposicion, aviendo precedido voluntad de testar, no por esso dexa de ser estimable, y valido el testamento. Harèmos memoria de vna doctrina (de las muchas que citamos en lo que tocò à la interrogacion) que es la *quæst. 99.* de Antonio Thesauro, donde en el *num. 16.* suponiendo que el testador no llamò al Escrivano, y le llamò otro sin su noticia, dize: *Quartus casus est, quando constat scripturam esse factam de manu alterius, non constito de ordinatione testatoris.* Y despues: *Sed de suo mandato, non est vocatus Notarius, vel facta scriptura*; en cuyos terminos resuelve, que si consta que se le leyò por el Notario, y respondiò claramente à las cosas contenidas en el testamento, sin embargo es valido, ibi: *Et articulatè respondeat ad omnia contenta in testamento, per SIC, VEL NON, & etiam ad alia interrogatoria extrà testamentum, valet testamentum.* Perdonesenos esta digression, ò repeticion, pues nos disculpa el manifestar con ella quan mal arguyen los Abogados del señor Marquès, y quanto se apartan de lo que aqui se questiona.

1013 La *Authentica de Tabellionibus*, que es vnico fundamento, no precisa à que el testador (aunque hablasse en estos terminos) aya de rogar, y llamar al Escrivano, sino es que contiene las palabras *delego, volo*, ò otras semejantes; con que si aunque otro huviesse llamado al Escrivano, y este entrasse donde se avia de hazer vn contrato, ò otorgar vn testamento, y los contrayentes, ò el testador aprobasse su venida, le dixesse su contenido por sì, ò respondiendole à lo que le preguntasse, seria valido el acto; y de otra suerte no huviera contrato, ni acto que no fuera nulo. Calificase esto con lo que mañosamente omitieron en esta conclusion los Abogados del señor Marquès; y es, que quando pudiesse ser estimable (que no lo es) la *Authentica de Tabellionibus*, siendo de ley el que los testigos del testamento sean rogados, no quiere que para esto se despache vna convocatoria para los testigos, ni que llegando estos, ò estando en la presencia del testador, les diga, *que los ruega que sean testigos de su testamento*, y basta que concurran alli por casualidad, y sin aver ido al fin preciso del otorgamiento. Expressamente lo assienta assi la *ley hæredes palam, ff. de testam.* explicando el ruego: *Quòd sic accipiendum est, vt licèt ad aliam rem sint rogati, vel collecti, si tamen ante testimonium certiorentur, ad testamentum se esse adhibitos, posse eos testimonium rectè præbere.* Y la *ley final, Cod. de iur. codicil.* dize: *Vel rogati, vel qui fortuito venerint.* Luego se sigue, que ni esto del ruego es preciso, no solo en el Escrivano, en que no ay disposicion legal que lo califique; pero ni aun en los testigos en que las leyes, aunque lo dizen, no lo estiman, como se manifiesta de las dos leyes referidas, y en su comprobacion citarèmos solo dos autoridades, por ser conclusion vulgar, y conocida.

1014 Fontanela en la *decis. 578.* hablando en los terminos de la *ley hæredes palam*, y los demàs textos concordantes en el *num. 5.* dize, que las leyes no se deven entender, ni de ruego formal, ni de necessidad el llamamiēto, y convocacion de los testigos, bastando el que se hallen presentes, aunque sea por otra causa, como se les dè à entender que han de ser testigos, ibi: *Quia leges, quæ de rogitu loquntur, quæque rogitum in testamentis requirunt, non intelligunt strictè de rogitu formali, &c.* Y despues de citar las leyes dize en el mismo numero: *Quinimò, nec cessarium dicitur*, ibi: *Rogatos, aut collectos esse testes, si deinceps certiorentur, &c.* Y en terminos de Escrivano lo assienta Salaz. *de vsu, & consuet. cap. 3. n. 9.* ibi: *Sufficit, si absque mandatu testatoris Tabellio sit vocatus, dummodò ipse vocationem ratam habeat.*

1015 Conocemos la invtilidad de semejante satisfaccion quando para formar este defecto vemos lo que se apartaron de la disposicion legal los Abogados del señor Marquès, formandole voluntariamente como las mas de las questiones que tocan à este punto; y para q̃ se vea quan sin fundamento se han movido para esto, no es necessario mas que traerles à la memoria en lo regular de vna enfermedad en que sucede aver algunas

horas de descanso capaces de poder testar el enfermo, se llama el primer Escrivano que se encuentra; y sino ay testigos bastantes en la casa, los primeros que passan por la calle, sin que el testador intervenga en este llamamiento, ni haga mas que dezir que quiere testar, ni ruegue à los testigos, lo qual sucede cada dia, y no se anula por este motivo disposicion alguna, y que esta formalidad del ruego esta entendida aun en la precision del derecho civil, como hemos referido, y totalmente antiquada, y desestimada, se justifica por la *ley 1. tit. 4. de los testamentos, lib. 5. Recop.* en que no se dize q̃ el Escrivano aya de ser llamado, y rogado por el testador; pero ni aun los testigos, y solo dize, *que otorgandose ante Escriuano deuen ser à le ver otorgar tres testigos à lo menos*; de lo qual no solo resulta estar derogada, y antiquada esta formula del Derecho comun por la costumbre, sino es por la disposicion de esta ley.

1016 Demàs de que el excitar esta question algunos Autores, no fue porque dudarõ de esto en lo regular, y practico de todos los testamentos, sino es quando controvertian la question en los terminos de testamento hecho *ad interrogationem*, sobre que discurrimos en el §. segundo del primer punto de este medio; porque como en ella es menester valerse de indicios, argumentos, y congeturas, se ayudan con esta, fundandola en los principios referidos de Derecho comun; y sin embargo de esto resuelven los mas, como refieren con Cephal. Alexand. Socin. y otros Pedr. Surd. *cons. 414. num. 39.* que basta la taciturnidad, y paciencia del testador para que se supla el ruego, ibi: *Sufficit etiam tacitus, & fictus rogitus, qui inducitur ex taciturnitate, & patientia testatoris.* Y con Ruin. Corneo, Marth. Mantic. y Mench. Farinac. *cons. 97. num. 23.* ibi: *Rogitus Notarij probatur ex taciturnitate, & patientia testatoris perque publicationem, & stipulationem.*

1017 Concurriendo con esto lo que dexamos ya fundado de que quien eligiò à Benavides fue el señor Conde, que quando esto, aunque està probado, no se estimasse, quando vino le recibiò con mucho gusto, que tãbien està probado; y quando todo esto faltasse, solo con el hecho innegable de hallarse este poder signado, y autorizado por el Escrivano, diziendo, como dize, *que el señor Conde otorgò el poder ante èl, y los testigos*; no solo se presume, sino es que se prueba cõ evidencia el ruego. Assi lo assienta con muchos DD. Mantic. *de coniect. vltim. volunt. lib. 2. tit. 12. num. 7.* ibi: *Primum ergo debet restringi, vt non habeat locum quando Notarius scripsit, ego talis subscripsi, & publicaui*, prosiguiendo en el *num* 8. y siguen esta autoridad con otros muchos Farinac. *dict. cons. 97. à num. 22.* Matienç. *in leg. 2. tit. 4. lib. 5. Recopil. glos. 4. num. 7.* Acceved. *in dict. leg. num. 8.* Altograd. *cons. 50. num. 3.* y es conclusion comun.

1018 Por lo tocante à el hecho ay menos que discurrir para convẽcer el que suponen los Abogados del señor Marquès, pues aviendo fundado que no es necessario el que el Escrivano sea llamado, y rogado, invtil

es la probança; pero sin embargo la ay, y de numero de testigos, de que hizimos ya memoria (que son Doña Geronima de Mendoza, Ana Gomez, Don Diego de Llamazares, el Doctor Medina, y Simon Rodriguez) y aunque otros testigos no lo digan, no por esso dexan de tener estimacion los que lo deponen, ni se podrà dezir que son varios, contrarios, convencidos, ni sospechosos de fallo: vozes comunes en el estilo de los Abogados del señor Marquès; y la razon es, porque el deponer en diferentes hechos vnos testigos mas, y otros menos, no induce, ni contradicion, ni sospecha, y cada vno se estima conforme à lo que depone, *vt probatur ex cap. cum tu, de testibus*, ibi: *Quia vtrumque esse potest*, tenetque Mascard. *conclus.* 1367. *num.* 6. ibi: *Testes non dicuntur contrarij si vnus deponat plus, alter verò minus.* Altograd. *cons.* 50. *num.* 169. *Aliqui minus in facto, aliqui plus deponunt, quòd non reddit testes contrarios, sed omninò probant.* Lancelot. *cons.* 125. *à num.* 20. Ossasc. *decis.* 99. *num.* 18. cum alijs Farinac. *de testibus, quæst.* 65. *num.* 11.

1019 Y assi aviendo tres testigos contestes del hecho de que el señor Conde fue el que mandò llamar à Benavides, los quales prueban concluyentemẽte el que los demàs testigos no negando este hecho no depongan sobre èl, no es de embaraço; no induce contradicion; no califica implicacion, ni por esso merecen sus deposiciones las vozes de temerarias, y afectadas; y mas quando de parte del señor Marquès no ay testigo mas que el Doctor Maroja, el qual dize: *Que el señor Conde no embiò à llamar à Benavides, porque no se apartò de su cabecera*; en lo qual està como en todo quanto depone convencido, como se ha visto; pues este Medico depone desde el tiempo en que la mañana del Miercoles entrò en el quarto del señor Conde, que fue à las seis, ò mas tarde, y el llamamiento de Benavides fue antes de venir el Doctor Maroja; con que el convencimiento es claro, y se vè su temeridad en assentar que el señor Conde no llamò à Benavides; y aun pudieramos calificar por mas medios, y con los mismos testigos del señor Marquès la temeridad de Maroja con el mismo Asturiano, que en su deposicion le convence en lo respectivo à esto como otros testigos; pero como no es esto necessario, teniendo en nuestro favor todas las reglas que hemos sentado, fuera invtil hazer estas comprobaciones.

1020 Concurriendo con esto el que aunque no tuviessemos probança de que el señor Conde fue el que llamò, y eligiò à Benavides, ni hecho demonstracion de que no es necessario este ruego, ò llamamiento conforme à derecho; y nos faltasse la aprobacion del señor Conde con aver dispuesto ante este Escrivano, siendo de la obligacion del señor Marquès, como quien se funda en esto, el probar que no fue llamado, ni rogado, segun el comun sentir de los DD. vt tenet cum pluribus Mantic. *de coniect. vltim. volunt. lib.* 2. *dict. tit.* 12. *num.* 22. refiriendo la *ley eum qui, leg. verius, ff. de probationib.* Bart. Aretin. y otros, donde dize: *Quartò respondeo, quòd qui opugnat instrumentum, dicens Notarium non fuisse ro-*

rogatum, debet probare quod non fuit rogatus. Ciriac.*controu.* 549. *num.* 121. Y no teniendo probança alguna, sino es solo la deposicion del Doctor Maroja, que evidentemente està convencida; no comprehendemos, ni para què se ha opuesto este defecto, ni por què razon se juntaron para formarle tanta copia de fragmentos destroncados, de lo que deponen los testigos; si no es que sea querer con la fuerça de las destempladas vozes de que se vsa, en lugar de probança concluyente, hazer nula esta disposicion, contra las leyes, y contra la razon, por suponer la falta de ruego del Escrivano, olvidandose de lo que muy à este intento dixo Nevizan. *in Silva nuptial, lib.* 1. *verb. Non est nubendus*, ibi: *Quia nihil rectè geritur, sicut clamore vincitur.*

1021 Y vltimamente para salir de este defecto, es constante que el hecho, y el derecho, sobre que discurren en èl los Abogados del señor Marquès, es totalmente ageno del caso de este pleito, pues los DD. de que se valen hablan en terminos de testamento hecho verdaderamente *ad interrogationem*; y los testigos que aplican con desvnion de sus deposiciones, no solo no lo dizen, pero vnido el contexto de estas, y reconocida la probança, huvo llamamiento del señor Conde; quando este faltasse, se subsiguiò la aprobacion, ò consentimiento, que previnieron las leyes del Derecho comun, el averle recibido con agrado, dichole que no estava para otorgar testamento, y que queria dar poder, en lo qual no ay duda en el hecho, que à esto se siguiò el otorgamiento del mismo poder, que califica el ruego, segun buena disposicion legal; que no ay probança alguna del señor Marquès; que quando la huviesse, devia ceder à todo lo que hemos fundado; y que por la disposicion de la ley del Reyno 1. *tit.* 4. *lib.* 5. *Recop.* y por la practica inconcusa que vemos absolutamente observar en todas las disposiciones testamentarias, esta sin vso la Authentica *de Tabellionibus*, seguramente podrèmos afirmar, que este defecto no le huvo, que no es estimable, y que el proponerle, mas fue para confundir, que no para creer que en fuerça de èl podian obtener, ni aun lograr influir sospecha en fuerça de la confusion, y variedad con que han tratado esta question; y por no confundirla nosotros, convenciendo lo que oponen à cada testigo de por si, y las ilaciones que deducen de esto, lo omitimos, assi por no incurrir en la culpa de que los notamos; como por que viniendo ya hecho el juizio individual del contexto, y forma con que deponen los testigos, no es necessario, y assi passarèmos al tercer defecto, y con muy justa confiança, pues en la question, ò §. que dexamos escrito sobre la interrogacion, quedò todo esto abundantemente satisfecho.

§. III.

§. III. y defecto tercero de solemnidad.

En este tambien se intentò por los Abogados del señor Marquès, que el poder contuvo defecto de solemnidad, y nulidad por no auer sido llamados, y rogados los testigos.

1022 EN la oposicion de este defecto de solemnidad discurren los Abogados del señor Marquès con mas brevedad, porque como no ay testigos de que valerse, ni otra circunstancia que la de repetir la ilegalidad, y el torpe nombre con que siempre notan de falso al Escrivano, se precisaron à la question legal, y en ella tambien exercitaron su destreza, procurando confundir las opiniones para que no se pudiessen aplicar con claridad en los terminos de este caso. Y aunque con lo que dexamos fundado en el defecto antecedente pudieramos reducir lo que toca à este punto à muy breves numeros; sin embargo la obligacion de convencer nos precisa à estender en algo la consideracion.

1023 No negamos que conforme à Derecho Comun por la *ley hæredes palam*, 21. *§. in testamentis* 1. *ff. qui testam fac. pos. leg. iubemus*, 29. *Cod. de testam. hac consultissima*, y las demas de que hazen especial exornacion Brison *lib. 5. de formulis*, Guillerm. Forner. *lib. 2. Selectar. cap.* 10. Ossuald. ad Donell. *lib. 6. cap. 7. lit. E.* los testigos han de ser llamados, y rogados; pero esta formula no es precisa, ni necessaria por Derecho Comun, ni el que preceda ruego, ò llamamiento formal, sino es que basta que hallandose en el acto de testar sean noticiosos de que los ponen por testigos en el testamento. En esto vàn conformes los DD. y lo prueba expressamente el *§. in testamentis*, de la *ley hæredes palam*, ibi: *Quod sic accipiendum est, vt licèt ad aliam rem sint rogati, vel collecti; si tamen ante testamentum certiorentur ad testandum se adhibitos; posse eos testimonium suum rectè perhibere*; aunque Altograd. y otros, que refieren Escaño *in leg. si quis cum testamento, ff. de testam. cap.* 25. y Guzm. *veritat. iur. veritat.* 16. siguen la opinion contraria; no nos valemos de esto, como no necessario.

1024 No ay duda en que por nuestro derecho real no es necessaria esta solemnidad; porque la *ley* 1. *tit.* 2. *lib.* 5. *ordinam.* en que se dà la forma, y solemnidad à los testamentos, no la requiere, y la omite, como consta de ella: *Si alguno ordenare su testamento, ò postrimera voluntad, en qualquiera manera, con Escriuano publico, deben ende ser presentes à lo ver otorgar tres testigos à lo menos, veZinos del Lugar, y cinco no auiendo Escriuano.* Y prosigue: *Y sea valedero el testamento que en tal manera fuere ordenado.* La forma, y disposicion de esta ley està mandada guardar por la *ley* 3. *de Toro*, y por la concordante 1. *tit.* 4. *lib.* 5. *Recop.* que es la Pragmatica del señor Rey Don Phelipe Segundo. Y en consequencia de estas leyes, no por singularidad de dictamen, como dizen los Abogados del señor

ñor Marquès, siguiò Ant.Gom. la opinion juridica de que el ruego en los testigos no es necessario, porque por la disposicion de las leyes Reales quedò derogado el Derecho comun.

1025 Dize, pues, Ant.Gom.*in dict.leg.3.Taur.num.29. Hodie de iure Regio non requiruntur* (hablando de los testigos) *rogati, in testamento in scriptis, nec in nuncupatiuo: in scriptis probat clarè ista nostra lex quæ enumerat solemnitates necessarias, & requisitas in eo, inter quas non ponitur ista; & in nuncupatiuo probat lex ordinamenti, suprà allegata, quæ posuit solemnitates eius, inter quas non ponitur ista.* Siguiendose de esto, que poniendose, ò numerandose esta calidad del ruego, ò llamamiento de los testigos entre las solemnidades prevenidas por Derecho comun, no hallandose repetida en las leyes Reales, fue visto quedar derogada, y no admitida por el mismo hecho de no expressarse, y repetirse en ellas, como se deduce del *cap.ad Audientiam, de decim.* ibi: *Nam si intelligeremus tantummodò de nobalibus, vbi ponimus de laboribus; de nobalibus poneremus;* calificando lo mismo la *ley vnic. §. sin autem, Cod.de caduc. tollend leg. item apud, §.ait Prætor, ff de iniurijs, leg. ab hostibus, §. sed quod, ff. ex quib.caus.maior.leg.3.ff.de officio Præsid.cum antiquiorib.* Menoch.*lib.4. præsumpt.23.num.2.* Castill. *tom.6. controuers.cap.125.num.9.* D.Valençuel.*cons.93.num.29.* D.Solorçan.*de iur.Indiar.tom.2.lib.2.cap.21. num.31.*

1026 Y no se puede dexar de dezir, que erraron los Abogados del señor Marquès en assentar que era singular en esta opinion Antonio Gomez; porque la han seguido Palac. Rub.*in dict.leg.3.Taur.* Castill. y los mas que escrivieron sobre las leyes de Toro: y aunque nos acomodemos al sentir de los Autores en que se fundan los Abogados del señor Marquès, lo cierto es, que la formula antigua de llamar, y rogar los testigos, nunca se ha practicado, y solo basta que los testigos que lo han de ser del testamento estèn presentes, que es lo que previene la ley Real, para que con el hecho de su presencia se supla el ruego, y se presuma executado. Palac.Rub. en el *num.66.*refiriendo la ley del Reyno, dize: *Vbi solum dicitur, quòd testes debent esse præsentes, & hìc dicitur, quòd testes debent intervenire; itaque leges Regni, quòd testes debent esse præsentes, vel interessentes, nam hoc ipso præsumuntur rogati.* Y el aver algunos DD.Regnicolas que se apartassen de este sentir, fue movidos de la ley del Reyno, por las palabras que ay en ella, ibi: *Teniendo las otras calidades que el Derecho dispone*, no advirtiendo que es otro caso especial donde previene esto la ley, de testamento nuncupativo, de siete testigos no vezinos, y sin Escrivano; y por averlo prevenido Flores Diaz de Mena, à quien traen por capital los Abogados del señor Marquès, mudò de dictamen, *lib.1. var. cap.1. num.20.* cuyas palabras es preciso poner à la letra para proceder con claridad: *Igitur in casu quo quis testatur cum septem testibus, vult lex quod interveniant qualitates iuris communis; quia tunc quis testatur cum*

forma iuris communis, at verò si testatur in forma tradita à Rege Ildelphonso in dicta lege, nullum verbum de qualitatibus, immò sensit contrarium; tum argumentum à contrario; tum per dictionem illam aduersatiuam (pero) *quæ præcedentia diuersificant, & contradicit: ergo potest defendi* (*prout defendit Tello Fernandez, quem ego non vidi infronte*) *quòd etiam in testamento nuncupatiuo testando in forma dictæ legis, non requiruntur dictæ qualitates.*

1027 Reconociendo la debilidad de este defecto, y que ni aùn atendida la disposicion de derecho comun, no podia ser estimable, se valen del continuo refugio de que aviendo otros muchos defectos en el poder (que no hemos hallado ninguno, y los opuestos se han desvanecido) duda en la capacidad del testador, cohechos del Escrivano, su mala conciencia, y falta de legalidad, con otro testamento anterior solemne, y legitimo, los Autores sin duda alguna resolvieran el defecto de solemnidad por la falta de ruego de los testigos, y no podemos dexar de responder; que si à los Autores les propusiessen el caso como le suponen, les hiziera grave duda, y estimàran segun el concepto que hiziessen; pero no por el defecto que aora disputamos, sino es por la incapacidad del testador, ilegalidad, y cohechos del Escrivano, ò por otros de los motivos que suponen.

1028 Y para desembaraçarnos de esta question, y que no quede duda, aun disputada sin las disposiciones de las leyes Reales, los DD. asientan que basta que el testador asienta à que sean testigos del testamento, ò que ellos lo firmen, porque con esto queda suplida la formalidad, y calificado el ruego; Aceved. *in dict. leg.* 1. *tit.* 4. *lib.* 5. *Recopil. num.* 54. diz: *Quoties testator permitit describi testes in testamento, vel se subscripserunt, videntur esse rogati*, Flores de Mena *dict. quæst.* 1. *num.* 22. Mantic. Crot. Mascard. *& alij relati* à Paul. Rubeo *resolut. practic. cap.* 34. *num.* 104. Altograd. *cons.* 50 *num.* 255. ibi: *Et satis rogatos censeri, eo ipso quòd describuntur in testes, & ipsi patiuntur*, Diego Perez *in ordinamento*, Gregorio Lop. *& alij relati* a D. Cresp. de Valdaur. *tom.* 2. *obseruat.* 52. *num.* 47. (donde hablando en leyes de Cataluña, que requieren, y piden la rogacion) dize: *Non esse hæc solemnitas, vel formalitas rogationis, aut vocationis necessaria; sed quòd testes ita in hoc actu tam serio assistant, vt possint animaduertere, & affirmare, verè testatorem condere testamentum, & in actu testandi se gerere voluisse.*

1029 Estando conformes los DD. no solo en esto, sino es en que basta que el pedir que sean testigos lo haga el Notario, *vltrà* Aceved. & Matienç. *in leg.* 1. *&* 2. *tit.* 4. *lib.* 5. Gam. *decis.* 46. *num.* 6. Altograd. *dict. cons. num.* 253. Diego Perez *loco relato, versic. Dubitatur*, Petr. Surd. *cons.* 414. *à num.* 26. Marth. *de successión. legal.* 4. *part. quæst.* 2. *art.* 3. *num.* 21. Farinac. *de testib. quæst.* 60. *num.* 153. demàs de lo que queda fundado en el motivo antecedente.

1030 Sea, pues, evidencia de esta question lo que resulta del mismo

po-

poder, pues en èl se dize: *Y el señor otorgante, à quien yo el Escrivano doy fee conozco, dixo no poder firmar por la gravedad de su enfermedad; hizieronlo à su ruego los dichos testigos ante mi, de que doy fee, &c.* De lo qual resulta, no solo el estar debaxo de la conclusion que hemos fundado, sino es el excluìr lo que ponderan tanto de que este llamamiento de los testigos no se presume, sino se prueba con la doctrina de Mena *dict. quæst.* 1. *num.* 21. y la de Mantica *dict. quæst.* 11. *num.* 3. pues con el hecho de aver afirmado el Escrivano ser rogados los testigos, està calificado plenamente el ruego, vt tradunt DD. *in leg. vltima, Cod. de contrahend. & committend. stipulat.* y para no cansar con autoridades, referirèmos las mismas de que se valen. Mena *dict. num.* 21. dize: *Notandum est quòd rogitus testium non præsumitur, nisi probetur à fundante se in testamento, vel de eo Notarius testetur* (que es nuestro caso) Mantica *dict. quæst. num.* 6. dize que basta que el Escrivano diga, *Præsentibus testibus*, sin añadir que fueron rogados con la doctrina de Bart. *in leg. hæredes palam*, y otros que refiere *num.* 12. Matienç. dize: *Creditur etiam tabellioni asserenti testes esse rogatos.* Con que si el Escrivano lo afirma, como dizen estos Autores, y resulta del poder, si hallamos las firmas puestas en èl, no es necessario disputar lo q̃ no puede tener, ni aun la mas ligera duda, sino es acomodarnos à sus mismas opiniones para convencer que los testigos fueron llamados para intervenir en el poder.

1031 Y para hazer la mas precisa demonstracion, y el vltimo convencimiento; no es necessario mas que los mismos testigos que lo fueron instrumentales del poder, y entre ellos el Doctor Maroja, afirman con juramento; deponiendo como testigos en este juizio, que vino Benavides, que le recibiò con agrado, diziẽdole que fuesse bien venido el señor Conde; que aviendole preguntado si queria testar, respondiò que no estava para ello, y luego expressò todo lo demas que hemos repetido tantas vezes; y concluyen, que lo otorgò assi ante Benavides; y los testigos que lo fueron instrumentales. Puede aver duda con esto? No dizen como testigos en el pleito mucho tiempo despues lo que contuvo el poder; no ay la fee del Escrivano, no assientan ellos mismos que fueron instrumentales; pues que les falta en el acto del poder, de quanto la malicia pudo intentar para poner dificultades? y les sobran quantas conclusiones hemos fundado, solo con lo que despues depusieron. Bolvamos los ojos à lo que dize el señor Crespi en la *observ.* 52. por no repetir autoridades: *Sufficit, vt assistant, vt possint animaduertere, & affirmare voluisse condere testamentum, & in actu testandi se gerere.* Y si esto, y mucho mas se executò, y esta cõprobado; y si superabundantemente consta tambien que despues de aver tomado el contenido de la disposicion, y reducidola à escrito Benavides; se la leyò à la letra al señor Conde en presencia de los mismos testigos, y que viendo que no podia firmar para los Autores que assientan la opinion de que *Sufficit quoties testator permittit testes describi in testamento*, con otras cir-

circunstancias de que ya se ha hecho memoria, y conducen tambien à esto, y vltimamente, que los DD. de que se valen los Abogados del señor Marquès nos califican este intento, pues todos ponen por indubitada la conclusion, *Et satis rogatos censeri, eo ipso quòd describantur in testes, & ipsi patiantur*; no cabe, ni mas precisa demonstracion, ni mas evidente convencimiento de quan invtil es este defecto que se opone.

1032 El argumento que se haze de la deposicion de Simon de Santos, Oficial de Benavides, y la de el Religioso, que dize que viò à Benavides estar notando al Oficial el poder: este no le entendemos, pues no conduce el que aviendo expressado el señor Conde el animo, y explicado el contenido del poder, le escriviesse allì, ò en otra pieça el Oficial de Benavides para excluir que los testigos no asistieron, ni fueron rogados, ni esto es aplicable; demàs de que para no repetir diximos lo que principalmente conduce à esto en la satisfaccion de la sospecha quarta de falsedad. Y para que no nos quede duda en esto, y se vea q̃ no importa, aun quando se diesse justificado el que el poder se escriviò en otra pieça, dictandole Benavides por su Oficial, aviendole buelto à leer, como lo executò, en presencia del señor Conde, y con asistencia de los testigos que le firmaron, como todos lo deponen, referirèmos la Pragmatica de Alcalà, que es la *ley* 13. *tit*. 25. *lib*. 4. *Recopil*. para que con solas sus palabras quede convencida toda la invectiva fundada con estas dos deposiciones tan impropias para este supuesto, y tan agenas de esta question.

1033 Lo que de la ley del Reyno conduce à este caso, dize asi: *En la qual dicha nota se contenga toda la escritura que se huviere de otorgar por extenso, declarando las personas que la otorgan, y el dia, mes, y año, y lo que se otorga, expecificando todas las condiciones que las dichas partes assentaren; y que asi como fueren escritas las tales notas, los dichos Escrivanos las lean presentes las partes, y los testigos; y si las otorgaren las partes, las firmen, y sino, &c.* Veasé si dividida cada vna de las calidades de la ley que hemos referido, y las demàs que en ella se expressan, se cumplieron exactamente en el acto del poder su execucion, y forma; de manera que el que se execute *coram parte* la materialidad de escrivir el instrumento, ni es de essencia, ni tiene estimacion alguna, y asi esta afectada ponderacion de que el poder se escriviò en otra pieça, no puede servir para influir, no solo en este defecto, pero ni en otra cosa alguna.

1034 Reconocen los Abogados en esta misma question, q̃ no es de essencia la vocacion, y ruego de los testigos, con las doctrinas de Socino, Cancer. Mantic. Fontanel. y otros, de que hemos hecho memoria, y que no mirò mas que à que los testigos reconociessen el animo de querer hazer testamento, ò disponer, y que estos viessen que le explicava, y en esto se retraen de lo que mira à comprobacion; y aviendola tan evidente de aver estado presentes en el acto de explicar la voluntad el señor Conde, y en el de leerle el contenido de la disposicion, y en el de firmar por no poder

su

su Excelencia, esta misma proposicion los convence, y comprueba nuestro intento, y ser ciertas, y indubitables todas las proposiciones que hemos assentado.

1035 Sin que parezca necessario satisfacer, por no ser estimable, ni conducir la question, de si vale la disposicion, ò testamento començado, y no perfecto, por aver muerto el testador, que es el caso de la *ley si quis cum testamento, ff. de testam.* porque es totalmente distinta del ruego de los testigos, y en ella proceden con diversas distinciones, Castill. *tom. 2. controu. cap. 22. num. 19.* Marth. *decis. 8. num. 21.* Paul. Rub. *resolut practic. cap. 8. num. 342.* idem Castill. *tom. 4. cap. 21. à num. 108.* D. Cresp. *dict. obseru. 52. num. 35.* que como no conducen, no es justo nos detengamos en esto; y mas dandonos tanto material para no poder escusar el dilatarnos; y no faltandole, como no le falta, à el poder, ni la expression de la voluntad en presencia de los testigos, ni el que reducida à instrumento se dexasse de leer a el testador, y en presencia de los testigos; ni el que estos firmassen, ni el que el Escrivano refiriesse, ni afirmasse, que por no poder firmar el testador firmaron à su ruego, como tampoco el que despues examinados en juizio como testigos los que lo fueron del poder, bolviessen a deponer afirmativamente esto mismo; no comprehende nuestra ignorancia el motivo de este defecto, no aviendo ley; ni doctrina que no califique en estos terminos su exclusiô, sin que ni aun por inducciones remotas puedan aver tenido los Abogados del señor Marquès en què fundarla; y assi proseguirèmos la exclusion de los demas.

§. IV. y defecto quarto de solemnidad.

En este se intentò por los Abogados del señor Marquès, que por no auer sido los testigos vezinos de la Ciudad de Toro, como deuian serlo, no solo se faltò à la solemnidad requerida, sino es que por esto contiene nulidad el poder.

1036 Este defecto de no ser vezinos de la Ciudad de Toro los testigos que lo fueron del poder que otorgò el señor Conde, sobre que se disputa, no solo se opone como de solemnidad; pero le consideran los Abogados del señor Marquès tan legal, y tan precisso, q̃ en fuerça de èl solo, assientan ser nulo el poder, y que como tal su disposicion no puede ser estimable.

1037 Varias y bien extraordinarias han sido todas las oposiciones de congeturas de falsedad, defectos de voluntad, y de solemnidad, a que hemos dado satisfaccion en lo discurrido en todo este punto; y hasta aora ha sido el trabajo respôder à las oposiciones que por voluntad, ò por ingenio quisieron excitar los Abogados del señor Marquès, y serà justo satisfagamos à esta que se viste con la disposicion de leyes Reales, y con el nombre

 de

de defecto de solemnidad tan substancial, como el de no ser vezinos los testigos del testamento de la Ciudad de Toro.

1038 No ay duda que por Derecho comun, ni aun por el del Reyno, y las Partidas, no se requeria vezindad en los testigos que lo huviessen de ser de los testamentos, como se deduce de la *ley testium, ff. de testam leg. cum antiquitas, & leg. fin. C. eod. cum concordant. leg. 1. & 2. tit. 1. part. 6.* Mench. *leg. 3. de succession. creat. §. 21. num.* 19. Burg. de Paz *leg. 3. Taur.* y se expressa bien *in dict. leg. 1. tit. 1. part. 6. Testamento nuncupativo quier tanto dezir: Manda que se faze paladinamente ante siete testigos, en que muestra el que le faze por palabra, ò por escrito à quales establece por sus herederos.*

1039 Tampoco la ay en que conforme à la *ley 1. tit. 4. lib. 5. Recop.* està dada forma en los testamentos, y vltimas voluntades, mandando, que el testamento otorgado ante Escrivano con tres testigos vezinos sea valido, y que tambien lo sea con cinco testigos, siendo vezinos, sin Escrivano, y con siete, aunque no sean vezinos; sin disponerse en la *ley* 2. del mismo titulo, que corresponde à la *ley 3. de Toro,* nada mas que lo que và expressado por lo que mira à testigos, y que à esto quedò reducida toda la disposicion de Derecho comun.

1040 De aqui se deduce, que el caso sobre que oy se controvierte, que es de poder, ò testamento otorgado ante cinco testigos con Escrivano, no està prevenido, ni expressado en las leyes del Reyno, pues solo dizen, que los cinco testigos, no aviendo Escrivano, han de ser vezinos; pero que con Escrivano lo ayan de ser: esto no tiene disposicion, ni se entiende hablar la ley, ni disponer en este caso; con que si se queda debaxo de la disposicion de Derecho comun, no requiere vezindad en los testigos; y si se mira à la ley del Reyno, esta solo requiere los cinco testigos vezinos, quando no ay Escrivano; luego quando le ay, y este interviene, no es de essencia, ni importa el que sean vezinos, ò no. Y aunque sola esta natural explicacion de la ley bastava para desestimar todo lo ponderado en este defecto, harèmos mas demonstrable, y evidente el contenido de ella.

1041 Dizen los Autores, que donde (conformandose con la disposicion de la ley) intervienen siete testigos, no se requiere que sean vezinos, y que el numero suple la vezindad. Ant. Gom. *in leg. 3. Taur. num.* 47. Matienç. *in dict. leg. 1. tit. 4. lib. 5. gloss. 7. num.* 1. & ibi Aceved. *num.* 25. Villadieg. *in foro iudicum, leg. 11. tit. 5. lib. 2. à num.* 5. Martinez de Olano *in antinom. lit. T. num.* 4. Flores de Mena *lib. 1. variar. cap. 1. num.* 1. Vazquez Menchaca *de succes. creat. §. 21. num.* 20. Estos mismos, y otros assientan tambien, que el Escrivano sirve, y suple el numero de dos testigos, por ser persona publica. Villadiego *vbi proximè, num.* 7. Menchac. *etiam vbi proximè, num.* 18. Matienç. *in dict. leg. 1. gloss. 3. num. 6. & in dict. gloss. 7. num. 3. & in leg. 2. gloss. 4. num.* 5. Palac. Rub. *in leg. 3. Taur.*

num.

*num.*44. D.Covarrub.*in cap.cum esses, de testam. n.*2. *vers.Etiam illud.*

1042 Y la ilacion que de estas dos proposiciones ciertas, è inegables devemos deducir, la deduce, y la evidencia como tal Acevedo *in dict.leg.* 1.*num.*21.*cum seqq.& num.*35. *& in leg.*2.*num.*27. diziendo, que para que no se necessite de la calidad de vezindad en los testigos, es lo mismo hazer la disposicion testamentaria ante cinco testigos con Escrivano, que ante siete sin èl; y si es esto lo que se executò, y practicò en el otorgamiẽto del poder del señor Conde-Duque, no comprehendemos para què fin, ni por què motivo se ha exclamado tanto por los Abogados del señor Marquès, que este defecto de no ser los testigos vezinos de la Ciudad de Toro, es insanable; si segun el contexto de las leyes Reales, no solo no tienen en què fundarle, sino es que antes bien por ellas absolutamente se excluye, pues vemos que quando intervienen siete testigos, expressamente por la ley del Reyno se dize, que aunque no sean vezinos, no tiene defecto la disposicion, assentando lo mismo la ley de Partida, y la *ley testium,* y las demàs concordantes de Derecho comun.

1043 Y si en el caso de cinco testigos sin Escrivano requiere la ley que sean vezinos, y con ellos, y con Escrivano no expressa esta calidad, bien podemos dezir, que conforme à la misma ley en el caso de nuestro poder aviendo avido cinco testigos con Escrivano, no es necessario, ni se requiere que sean vezinos. Y aunque esto es innegable, le assiste mas evidente comprobacion, que es la que hemos referido con los AA.citados; que la assistencia del Escrivano suple el numero de dos testigos, Covarr. *loc.citat. num.*2. *vers.Illud,* ibi: *Constat enim ex eadem lege Regia Tabellionem supplere numerum duorum testium.* Palac.Rub.*dicto num.*44. *Tabellio enim valet, duobus testibus, &c.* Mariençdict.gloss.3.num.6. *Cum ipse* (hablando del Escrivano) *iuxta ius nostrum vicem duorum testium obtinet.* Villadiego *dict.num.*7.*Cum ipse iuxta ius nostrum vicem duorum testium obtineat.* Y lo mismo Menchaca, y los demas. Y si es caso claro, è inegable, que la disposicion, ò testamento otorgado ante siete testigos no vezinos, es legitimo, y no defectuoso; y si en la disposicion con cinco testigos, y Escrivano, no expressa la ley que sean vezinos, sino es en el caso que no huvo Escrivano: luego la ley estima, y califica que el testamento con cinco testigos no vezinos, interviniendo Escrivano, es legitimo, y por esta razon no se le puede oponer defecto.

1044 Precisa mas lo que los DD. que hemos referido assientan por invariable, y es, que el Escrivano suple el numero de dos testigos, con que su assistencia, y la de cinco, que huvo para este poder constituyen numero de siete. En este numero, no ay ley que no assiente, que basta aunque no sean vezinos; luego se sigue invariablemente, que conforme à la ley no huvo en este caso el defecto que se opone, y huvo solo el buen animo de los Abogados del señor Marquès para clamar sobre este defecto, como lo han hecho sobre otros tan inutiles.

1045 Es esto tan invariable, tan cierto en la practica, y tan de estilo, y costumbre el tener entendida en esta forma la ley del Reyno todos los Escrivanos de esta Corte (de quienes no se duda la mayor pericia) que no ay poder, ni testamento en que concurriendo ellos, y interviniendo cinco testigos, pongan la calidad de vezinos, sino es solo residentes; y si la ley del Reyno no estuviesse entendida, y practicada en esta forma, bien cierto es que no olvidàran esta circunstancia, ni dexàran de prevenir requisito tan estimable.

1046 Y aunque se citan algunos Autores para dezir, que no es tan cierta la opinion del señor Presidente Covarrubias, con las demàs doctrinas que hemos citado, sobre que el Escrivano suple el numero de dos testigos; no es necessario satisfaccion, porque Menchaca, y Flores de Mena, no solo no asientan lo contrario, pero comprueban lo que hemos referido. Y Fabro *dè erroribus pragmat. tit. 3. decad. 69. error* 1. no solo no contradice el sentir del señor Covarrubias, ni los demàs, pero ni aun le cita; y en los terminos en que habla son totalmẽte distintos de nuestra question; y assi es invtil el satisfacerle, y solo se deve alabar el aver buscado semejantes autoridades, que ni excitan esta question, ni contradicen los AA. que la apoyan, como la cita de Antonio Gomez *in leg. 3. Tauri*, en que procede lo mismo; y este no solo no dize lo que quieren fundar, pero antes bien favorece nuestro intentò en el *num.* 47. assentando, que las probanças especialmente en los testamentos (hablando sobre el numero de testigos) no solo se han de restringir, pero antes bien se han de ampliar.

1047 Es cierto que no quedando duda en esto, no parece que se devia adelantar esta proposicion, ni passar à vsar de otros medios, y consideraciones, que hazen evidencia de la invtilidad de este defecto; pero sin perjudicar la evidente realidad de este motivo, tocarèmos otros muy brevemente, para que *ex abundanti* quede satisfecho.

1048 Quando la disposicion de la ley tuviesse duda, siendo los cinco testigos instrumentales del poder tan fidedignos, tan conocidos, y casi todos familiares de tan gran Principe, cuyas personas, nombres, y gràdos se han referido, bastava no siendo vezinos para que el poder no padeciesse este defecto que se le opone; porque el fin de la ley en querer tres testigos vezinos con Escrivano, y cinco sin èl, en vno, y otro caso vezinos, fue por evitar los fraudes, y para poder calificar las vltimas disposiciones con la seguridad de la existencia por la vezindad de los testigos.

1049 Por este motivo dizen los DD. Regnicolas, que siendo esta solemnidad probatoria, introducida por la ley para el fin que hemos dicho, se cumple, y suple legitimamente con que los testigos sean conocidos, y fidedignos. Aceved. *in leg. 1. tit. 4. lib. 5. Nouæ Recop. num. 23. & præcipuè num. 83.* ibi: *Sed an si sit notus, & fidelis, sufficiet etiam si non sit vicinus loci vbi testamentum fit, dicendum est, quòd sic.* Y dà la razon: *Quoniam ex notorietate, & fidelitate, talis testis satisfit intentioni testamenti, rationique*

le-

legis nostræ vicinitatem requirentis. Lo mismo asienta Diego Perez, à quien refiere Acevedo, y D. Christoval de Paz *in leg. 64 stili schol. 2 num.* 18. y en el *num* 22. dize: *Rursus, quia ratio legis ea fuit, vt falsitates cessarent, vt regulariter cessant per vicinos testes; itaque cum testes sint noti, & habitantes, quamvis propriè, & strictè vicini non sint, legis solemnitati satisfieri videtur.* Y prosigue hasta el *num. 25. inclusivè*, siendo de este mismo sentir tambien Matienço *in dict. leg. 1. tit. lib. 5. glos. 5. à num. 1.* Y aunque Burgos de Paz en la *ley 3. de Toro* se apartò de este sentir en el *num.* 353. sin embargo èl mismo refiere vn caso que le ofreciò en que se determinò lo contrario; y en el *num.* 462. cede à esta opinion, y assi aunque no estuviessemos en caso claro, como se ha fundado, los testigos vezinos se suplen con testigos conocidos, y fidedignos, y no pudiendose dezir que estos no lo son, y bien conocidos; por este medio tambien se sanava esta oposicion.

1050 El medio de que el señor Conde se deva tener para el caso de la ley por vezino de la Ciudad de Toro, no en vezindad stricta, sino es en la lata, y ampla de que hablan Castillo, Palac. Rub. Burgos de Paz, y otros Tauristas en la *ley 3. de Toro*, Paz en las leyes del estilo, y otros à quien cita Amaya *in leg. cives, 7. Cod. de incolis, lib. 10. num.* 115. no ay duda, y especialmente para el hecho de que tratamos; y para no citar lugares, dirèmos solo lo que asienta Amaya *dict. num.* 115. sobre esta question, ibi: *In quo dubio possumus ex adhibita distinctione procedere, vt quoad iurisdictionem, & forum; vt possint recipi testes in testamento iuxta legem 1. tit. 4. lib. 5. Sufficiat, quod domicilium habeat, & pro vicino, & Cive reputetur, & si decenium non sit transactum.* Y si lo que en el hecho hallamos, es, que el señor Conde en el año de 643. retirado de la privança se fue à Toro, donde assentò su casa, llevò su muger, sus hijos, toda su familia, y todos los bienes muebles, y estuvo hasta que muriò, no se puede dudar que fue *animo ibi commorandi*, y de la misma manera toda su familia; con que *lato modò* todos se deven considerar por vezinos para lo que asientan los DD. y la regla de la *ley eius qui, ff. ad municipalem*, y las demàs concordantes, en que se incluyen las demàs consideraciones que sobre esto se pudieran hazer.

1051 No serà justo que quando el deseo es, y ha sido de ceñir quanto se pueda esta defensa, nos dilatemos en esforçar esta consideracion, y otras que pudieramos hazer para calificar invtil este defecto, quando con la primera fundada en las disposiciones de las leyes Reales, y el comun sentir de los DD. està innegablemente convencida; y quando la misma ley, y el vso invariable con que se otorgan estas disposiciones, asi en esta Corte, como en todas partes, califican, y prueban nuestro intento; y asi passarèmos à excluir otro defecto.

§. V. y defecto quinto de solemnidad.

En este se dize que ay defecto notorio de solemnidad, por no auer firmado el señor Conde el poder que otorgò para testar.

1052 DE la oposicion que se haze para vestir este defecto, con las reglas de la *ley hac consultissima*, *leg.* 13. *tit.* 18. *part.* 3. *leg.* 1. *tit.* 1. *part.* 6. & *leg.* 13. *tit.* 25. *lib.* 4. *Recopil.* saldrèmos con suma brevedad, assi porque lo que toca à su convencimiento, y à que no es precisa la firma del testador, no pudiendo firmar, està satisfecho en la sospecha quinta de falsedad, y convencido notoriamente, como porque las leyes no requieren la firma del testador,

1053 Y siendo cierto que no se puede deducir argumento de falsedad contra el poder por no aver firmado el señor Conde, como afirmamos en exclusion de la sospecha referida, tampoco puede ser argumẽto de demencia, falta de sano juizio, ni perturbacion del disponente, como assientan Cald. Pereir. *cons.* 24. *num.* 29. Rota *diversor. part.* 2. *decis.* 107. *num.* 20. ibi: *Qui re vera ad actum legendi, & scribendi respondetur, istos actus, non consistere in intellectu, sed in sensu.* Y como assientan Anchar. *cons.* 242. Grammatic. *cons.* 3. Burgos de Paz *in leg.* 3. *Taur. à num.* 176. y Matienço con expression *in leg.* 2. *tit.* 5. *lib.* 4. *glos.* 6. *num.* 3. ibi: *Sufficit tamen, quòd hoc asserat Tabellio, siquidem eius assertioni standum est, si dixerit testatorem subscriptionem facere impeditum*; y està calificado que el señor Conde intentò el firmar, y no pudo; y esto por tantos medios, quantos hemos referido, y que por las leyes Reales no se requiere la firma del testador quando no pudo firmar; no comprehendemos de què puede servir esta oposicion como defecto de solemnidad, y solo sirve de calificarnos quan voluntariamente discurren los Abogados del señor Marquès.

§. VI. y defecto sexto de solemnidad.

En este se supone que huvo defecto preciso de solemnidad, por auer faltado uno de los testigos instrumentales, que fue el Doctor Maroja.

1054 LA falta de este testigo instrumental, que es el Doctor Cipriano de Maroja, ya se opuso por los Abogados del señor Marquès; ponderando lo que depone para introducir sospecha de falsedad, y aviendo dado satisfaccion en la sospecha nona, que formaron para esto, y convencido en ella quan injusta, y quan ilegal era lo que se proponia, y deducia para formar semejante sospecha, con mucha mayor razon lo po-

de-

demos dezir para el hecho sobre que aora buelven à hazer memoria de la deposicion del Doctor Maroja, suponiendo que faltò vn testigo instrumental, y consiguientemente por esta falta huvo notorio defecto de solemnidad en el testamento; pues requiriendose cinco testigos, excluìdo este quedò invalido el poder por defecto de solemnidad.

1055 No pudiendo dexar de responder en algo à este que se tiene por nuevo medio de oposicion para solemnidad para no incurrir en repetir en la sospecha de falsedad, hizimos memoria de la *ley 1. §. si quis neget, ff. quemadm. testam. aper.* y las doctrinas que resuelven sobre este texto, y assi no serà justo detenernos en lo que està satisfecho, aunque fuesse para otro fin, y con brevedad harèmos evidencia de que el §. referido no es del caso de esta question; y que por lo que mira à solemnidad no ay falta, ni defecto de testigo instrumental de quantos concurrieron al poder.

1056 Es hecho constante, y le tenemos varias vezes repetido, què todos los cinco testigos que lo fueron del poder sobre la calidad, y estimacion de sus personas assientan que se hallaron presentes, que se otorgò el poder, con todas las circunstancias que refieren, y que le firmaron. En esto no ay duda, en esto no ay contradicion, ni repugnancia del Doctor Maroja; pues como hemos de acomodar el defecto de solemnidad que se quiere oponer, y en fuerça de èl hazer defectuoso el poder otorgado por el señor Conde, quando lo que dize en el *§. si quis neget*, es totalmente lo contrario: *Si quis neget sigillum suum agnoscere, &c.* y quando lo que depone Maroja no es negar que fue testigo, no es negar que firmò como tal, ni contradezir nada de lo que contiene el poder; antes bien buelve à afirmarse en su intervencion, assistencia, y hecho de aver firmado, sino es solo passar à hazer juizio de si el señor Conde estava en todo su juizio quando le otorgò, reduciendose solo lo que añade à dezir, *que à su parecer no estava en su juizio quando le otorgò el señor Conde*; y ya diximos en la respuesta de la sospecha nona de falsedad quan ageno era esto de lo que podia mirar, ò ser respectivo al poder.

1057 Es constante que el voluntario animo de excitar questiones los Abogados del señor Marquès resplandece mucho en esta oposiciò, porque siendo tan ageno, tan separado, y distinto del hecho de otorgar el poder, y de la calidad de las solemnidades que devieron intervenir en èl, lo que depone por su juizio el Doctor Maroja, han querido excitar la question de que haze sospechoso el instrumento la deposicion del testigo, que niega aver intervenido en èl; y pues hemos de entrar en esto sobre el seguro de que ni es del caso, ni del pleito, como notoriamente se ha manifestado, responderèmos brevemente.

1058 Suponese que lo que depone Maroja, diziendo, que le pareciò que no estava en su juizio el señor Conde, tiene notorio convencimiento, y en la parte que impugna la falta de juizio, no merece credito, y se deve reputar por falso, y sobornado, sobre que se citaron las doctrinas en la respues

puesta de esta sospecha. Suponese tambien que aunque estuviessemos en los terminos del *§. si quis neget*, por el hecho de negar Maroja que el señor Conde estava en su juizio, tambien se deve tener por falso, y sospechoso, como negando, y contradiziendo su asistencia al tiempo del poder, su firma, ù otra circunstãcia alguna, como vno, y otro se calificò plena y abundantemente con numero copioso de authoridades en el medio segundo exclusivo del furor, y calificativo de la sana mente en el señor Conde.

1059 Pero sin perjuizio de todas estas objecciones, caso negado que fuesse verdad (que para esto aun no le bastò toda su audacia al Doctor Maroja) huviesse negado su firma, y su asistẽcia al poder, sin embargo de esto, *in iure*, era desestimable su deposicion, y no podia destruir el instrumento, para esto no es necessario referir mas que la *ley 115. tit. 18. part. 3. & leg. 132. tit. 11. ead. part.* y lo que sobre la inteligencia de estas leyes assentaron Greg. Lop. *dict. leg. 115. glos. 17.* y Faria *in addition.* ad D. Covarrub. *lib. 2. variar. cap. 13. num. 126.* los quales asientan, que la repugnancia, ò contradicion, no solo de alguno, sino de algunos de los testigos, no basta para desvanecer el instrumento quando los demàs afirman su contenido, ni aun todos juntos, como dize la *ley de Partida*, si el Escrivano es de buena fama, y lo afirma, y junto con esto se halla el instrumento en su registro; para lo qual referirèmos las palabras de la ley: *Mas si èl otorgasse que verdad era que le escriuiera, è los testigos que fuessen escritos en ella dixessen que non, estonces dezimos que si el Escriuano es home de buena fama, è fallaren en la nota que es escrita en el registro, que acuerda con la carta, què deue SER CREIDO EL ESCRIVANO, E NON LOS TESTIGOS, E DEVE VALER LA CARTA.*

1060 En este sentir vàn conformes D. Covarrub. *dict. cap. 13. lib. 2. num. 12.* Gregor. Lop. *in dict. leg. glos. 2.* Montalvan *in leg. 18. tit. 8. lib. 2. for.* Morla *in empor. iur. tit. de fid. instrum. quæst. 5. num. 4.* Cevall. *comm. contra comm. quæst. 43. num. 9.* Avendañ. *in cap. Prætor, part. 2. cap. 27. num. 27.* Bobadill. *in Politic. lib. 3. cap. 14. num. 48.* Quesad. *quæst. 20. num. 4.* Olan. *in concordant. antinom. litt. I. à num. 23.* Mieres *de maiorat. part. 4. quæst. 20. num. 184.* & copiosè Faria ad D. Covarrub. *dict. cap. 13. à num. 124.* Y si aun en este caso tan preciso resuelven esto las leyes, y los DD. no estando en èl, y yendo conformes, no solo el Escrivano, y los testigos, sino es tambien el Doctor Maroja, en quanto à el hecho, forma, y calidades de otorgar el poder, sin negar su firma, y asistencia, solo por que dixo despues de muchos años vna cosa tan estraña de lo que toca à esto, como el que le pareciò que el señor Conde no estava en su juizio, por què lo hemos de disputar? por què hemos de excitar cõtroversia sobre lo q̃ no tiene duda? y si puede tener alguna aplicacion, es para otras questiones, tan agenas de este intento, como conveuvecidas con todas las consideraciones del medio segundo.

1061 Y aunque entramos à disputar esta question de *iure communi*

ſobre el §.*ſi quis neget*, en el caſo de èl, que es imaginario, è ideado, ſin embargo la opinion cierta, y ſegura es la que ſiguen Medic. *deciſ.* 96. *à num.* 13. Seſsè *deciſ.* 119. *à num.* 18. Altograd. *conſ.* 50. *per totum, & præcipuè, num.* 138. y juntando muchos antiguos Ciriac. *controuerſ.* 407. *ferè per totam, & præcipuè à num.* 280. y en el *num.* 290. dize: *Nos autem fatemur ex dicto vnius teſtis numerarij vacilare inſtrumentum, ſed ſi vnus etiam ex numerarijs deponat pro eo, præualere probationem pro ſuſtinendo inſtrumento, & multò magis, ſi nedum æqualis, ſed fortior ſtaret probatio pro eo, & hanc putò eſſe meam veritatem.* Y ſi no ay teſtigo q̃ contradiga el poder, ni la intervencion, y aſsiſtencia en èl, ni aun el Doctor Maroja, y demàs de eſto ay otros diez y nueve teſtigos que le comprueban, de què ſervirà el aver diſcurrido los Abogados del ſeñor Marquès eſte defecto de ſolemnidad con vn ſupueſto tan incierto, tan ſin acomodarſe à las reglas de la diſpoſicion legal, y de todas maneras tan inepto, ſi no es de fatigar ſus ingenios, y mortificar nueſtro deſeo de ſer breves, por cuya razon omitimos otras circunſtancias, que virtualmente vàn ſatisfechas; y convencidas.

1062 Y aſsi parece que por lo que puede mirar à eſte medio de defenſa, eſta juſtificado que en el poder de el ſeñor Conde no ay defecto de voluntad, ni de ſolemnidad de quantos ſe le oponen; ſiendo tantos, y tan varios, que pueda ſer eſtimable, y que no aya quedado notoriamente convencido, manifeſtando que el animo de proponerlos; no fue para poder creer que ſe eſtimaſſen, ſi ſolo juzgar que la miſma copia de propoſiciones, y abundancia de defectos avia de baſtar para introducir duda; con que paſſarèmos à diſcurrir en lo que reſta deſvanecer de los medios de defenſa que hallaron los Abogados del ſeñor Marquès para cumplir exactamente el cargo de nueſtra obligacion, y que no quede nada de quanto ſu gran arte fabricò ſin la plena ſatisfaccion, y convencimiento que merece.

Diſcurreſe ſobre que la ſeñora Condeſa pudo mudar, alterar, y variar las diſpoſiciones del teſtamento in ſcriptis del ſeñor Conde-Duque de 16. de Mayo de 1642. Mem. num. 60. por el teſtamento que la ſeñora Condeſa otorgò en 21. de Nouiembre de 1645. en virtud del poder del ſeñor Conde de 19. de Iulio, y que ſon deſeſtimables los defectos opueſtos por el ſeñor Marquès, à que ſe darà concluyente ſatisfaccion.

1063 Y Antes de entrar à diſcurrir en los fundamentos legales, que hazen indiſputable el derecho de los ſeñores Duques, referirèmos por ſu orden con brevedad, y conciſion las diſpoſiciones que por ſi ſolo hizo el ſeñor Conde, y en que intervino la ſeñora Condeſa.

1064 Lo primero preſuponemos, que el ſeñor Conde, y la ſeñora Con-

Condesa en virtud de facultad Real, expedida en primero de Septiembre de 1624. otorgaron escritura en 10. del mes de Octubre del mismo año, en que agregaron diferentes bienes a la Casa, y Estado de Olivares, llamando à la sucesion en primero lugar al posseedor, y posseedores de ella, sus hijos, y descendientes legitimos, y à falta de ellos las personas que el señor Conde quisiesse, para lo qual reservò en si facultad de alterar, añadir, y quitar, como le pareciesse, las clausulas de esta agregacion, y en vltimo lugar da llamamiento al pariente mas cercano, *memor. num.* 8.

1065 Por el señor Marquès se presentò esta escritura en el juizio de tenuta, autorizada por Geronimo Aguilar, Escrivano del Numero de esta Villa, que dize la sacò de vn quaderno de escrituras de diferentes años, que parece se otorgaron ante Iuan de Santillana, Escrivano de su Magestad, difunto (que estava en su Oficio) y que al fin tiene dos firmas; la vna, que dize: *El Conde de Oliuares*, y la otra: *La Condesa de Oliuares*; y que no està firmada del dicho Iuan de Santillana, aunque en el dicho quaderno ay muchas firmas suyas, *mem. num.* 27. *y* 28.

1066 Lo segundo, que los señores Conde, y Condesa por otra escritura, que otorgaron en 11. de Diziembre de 1628. vsando de la dicha facultad Real hizieron nueva agregacion, y aumento à la Casa, y Estado de Olivares del Titulo, y Grandeza de Duque de Sanlucar, y de los bienes que expressan en la escritura antecedente, y de otros muchos que refieren en esta, *mem. num.* 29. 30. 31.

1067 Para la sucesion de esta agregacion, y aumento dàn llamamiento à los hijos, y descendientes varones, y hembras del señor Conde, y à falta de ellos à la persona que el señor Conde nombrasse en su testamento, ò en otra manera.

1068 Lo tercero, que en 14. de Abril de 1642. los señores Conde, y Condesa en virtud de facultad Real de 15. de Febrero de 1635. otorgaron escritura, en que hazen relacion de otra que en el mismo dia avian otorgado de capitulaciones para el matrimonio de Don Enrique Phelipez de Guzman con la señora Doña Juana de Velasco, y en execucion, y cumplimiento de ellas fundan mayorazgo del Estado de Mayrena para los hijos, y descendientes del dicho D. Enrique limitadamente, *mem. num.* 53.

1069 Lo quarto, que el señor Conde en 16. de Mayo de 1642. otorgò vn testamento cerrado, en que funda mayorazgo de la Casa, y Estado de Sanlucar à quien instituye por heredero. Y para despues de los dias de la señora Condesa, llama à la sucesion al hijo mayor que dexare, sus hijos, y descendientes, y en falta de ellos al dicho Don Enrique, y su descendencia.

1070 Y aviendo hecho otros llamamientos, y diferentes disposiciones, quiere, y manda, que à falta de los primeros llamados, sucedan en la Casa, y Mayorazgo de Sanlucar los descendientes varones, y hembras del señor Don Diego Messia, Marquès de Leganès, y en falta de ellos, los

des-

descendientes del señor Ramiro Phelipez de Guzman, Duque de Medina de las Torres, *mem. num. 60.*

1071 Lo quinto, que el señor Conde en 19. de Iulio de 1645. otorgò poder para testar à la señora Condesa, y en èl la instituye por su heredera vniversal fiduciaria, revocando los testamentos, y codicilos que tuviesse otorgados, *mem. num. 106.*

1072 Lo sexto, que la señora Condesa en 21. de Noviembre del mismo año, vsando del dicho poder, otorgò el testamento del señor Conde, y en èl, conformandose con la voluntad que la comunicò, y participò, y en execucion de ella ordenò, aprobò, y ratificò qualquier mayorazgo, ò mayorazgos, que pareciesse aver hecho el señor Conde por qualquier testamento, ò codicilo, que antes que el que se otorgò en Toro huviesse otorgado en qualquiera parte, y Lugar, en todo lo que fuere conforme à lo que dispone en este testamento, en virtud de su comission, y orden, que es lo que quiso siempre valiesse, y se cumpliesse; y para mayor seguridad de la execucion de esta voluntad, y que conste de ella en todo tiempo, siendo necessario en nombre del señor Conde haze, y constituye mayorazgo de los bienes que expressa, y en el papel cerrado, à que se remite, dispone, que despues de los descendientes legitimos del dicho Don Enrique Phelipez de Guzman, suceda en primer lugar el posseedor de la Casa de Medina de las Torres, sus hijos, y descendientes legitimos, y à falta de ellos el Marquès de Leganès, sus hijos, y descendientes legitimos.

1073 De la serie de las fundaciones, y disposiciones referidas, resulta que el señor Marquès solo puede fundar su llamamiento en la escritura de 10. de Octubre de 1624. en que se dà colectivo en vltimo lugar al pariente mas cercano; y en el testamento cerrado de 16. de Mayo de 1642. en que el señor Conde diò llamamiento prelativo à los descendientes del señor Marquès Don Diego Messia.

1074 Y en quanto al llamamiento de la dicha escritura de 10. de Octubre de 1624. es absolutamente desestimable el derecho del señor Marquès.

1075 Lo primero, porque no es mas que vn papel simple, por averse dado signada despues del termino de la *ley 15. tit. 25. lib. 4. de la Recopilacion*, sin preceder las diligencias que previene la *ley 10. y 11. tit. 18. part. 3.* que estàn mandadas guardar por la *ley 17.* del mismo *tit. 25.* y por no constar se otorgasse ante testigos, siendo requisito essencial de la *ley 54. tit. 18. part. 3. ley 13. dict. tit. 25.*

1076 Lo segundo, porque el protocolo no està firmado al fin por el Escrivano, como dispone la *ley 12.* del mismo titulo, Faria *in Addit. ad D. Couarr. in cap. 20. pract. num. 14.* ibi: *Sed in fine cuiusque anni, tenetur Tabellio signum adijcere protocolo instrumentorum, quæ illo confecerit anno, vt omnia sub vno signo contineantur, l. 12. tit. 25. lib. 4. Recop.* Acevedo *in l. 13. dict. tit. 25. num. 47.* ibi: *In registris tamen, & protocollis, non requiritur*

tur signum in qualibet scriptura, sed sufficit, quòd apponatur in fine registri cuiuslibet anni.

1077 De suerte, que la omission de esta substancialissima solemnidad vicia, y anula el instrumento, D.Covarr.*vbi suprà*, ibi: *Pœnes quos omnes illud constitutissimum videtur hanc solemnitatem potius consuetudinis iure, quam lege scripta inductam esse, & eius ommissionem vitiare instrumentum, quorum vltimum probat Regia, l.* 54.*tit.* 18.*part.* 3. Aceved. *in dict.leg.* 12.*num.* 11.

1078 Lo tercero, porque esta regla procede con mayor precision, respecto de faltar en dicha escritura la firma del dicho Iuan de Santillana, pues para subsanarse la nulidad, y vicio referido, devia estar firmada del Escrivano. Aceved.*in dict.l.* 12.*num.* 13. ibi: *Crederem tamen, quòd quamvis in fine protocolli non adsit signum Tabellionis, non ex hoc viciabuntur instrumenta ibidem inserta, dum tamen non sit in eis aliud vitium, neque deficiat Tabellionis subscriptio.*

1079 Lo quarto, porque el señor Conde, vsando de la dicha facultad Real, y de la que se reservò en la dicha escritura de 10. de Octubre de añadir, mudar, y quitar, como le pareciere, las clausulas, y condiciones que contiene, la revocò tacita y virtualmente por la segunda escritura de 11. de Diziembre de 1628. lo qual se prueba con evidencia, assi porque en esta escritura hizo nueva agregacion, y aumento de los mismos bienes comprehendidos en la primera, ex Castillo *de vsufruct. cap.* 39. *num.* 33. Angulo *de meliorat.in l.* 10.*tit.* 5.*gloss.* 2.*num.* 4. Aceved.*in l.* 1.*tit.* 6.*lib.* 5. *num.* 20. Roder.Suar. *in leg.quoniam in prioribus, quæst.* 8. como por que solo dà llamamiento à sus descendientes, reservando en si la facultad de disponer à falta de ellos, y hazer otros llamamientos por testamento, codicilo, ò en otra forma.

1080 Lo quinto, porque siendo esta voluntad incompatible con la disposicion de la escritura de 10. de Octubre, conforme à derecho quedò revocada, pues no puede verificarse, ni tener implemento el llamamiento del pariente mas cercano en defecto de la descendencia del señor Conde, aviendo dispuesto en la segunda escritura, que la agregacion la hazia solo en favor de sus descendientes, reservando en si hazer los demàs llamamientos, y nombrar la persona, y personas que avian de suceder, *ex leg. si quis ante,* 10. *ff. de adquir. posses.* ibi: *Si quis ante conduxit, postea precario rogauit, videtur discessisse à conductione, quòd si antea rogauit, postea conduxit, conduxisse videtur, leg. si inter me, & te,* 19. *ff. de except. rei iudic.* ibi: *Quia eo ipso, quòd meam esse pronunciatum est, ex diverso pronunciatum videtur tuam non esse.* Pluribus Roxas *de incompat.* 1.*part.cap.* 3. *ex n.* 6. Gratiano *tom.* 2. *cap.* 290. *à num.* 17. *& num.* 20. ibi: *Unde faciendo conventiones contrarias primis, constat, quòd ipse partes voluerunt ab ipsis recedere, quasi contraria non possint simul stare.* Menoch.*lib.* 3. *præsumpt.* 134. *à num.* 39. ibi: *Secunda coniectura nouationis est, quando secundus*

con-

contractus est incompatibilis cum primo, hoc in casu per secundum contractum dicitur recessum à primo. Lo qual procede, aunque los mismos contrayentes protesten la subsistencia del primer contracto al tiempo de celebrarse el segundo, D. Crespi *obseru.71. num.5.* ibi: *Quæ adeò vera sunt, vt inducatur etiam, quamvis adsit protestatio à partibus facta, qua absque præiudicio prioris contractus posteriorem facere caueatur. Operabitur enim clausula hæc in suis casibus, vbi, scilicèt, non aderit incompatibilitas, & non in alijs.* D. Retes *de donationib. lib. singular. de donation. inter, cap.8. num. 16.* Addens ad Roxas *de incompatibilit. part.1. cap.3. num.32.*

1081 Y assi todo el fundamento de la pretension del señor Marquès queda reducido al llamamiento, y substitucion prelativa del testamento del señor Conde de 16. de Mayo de 1642. el qual es igualmente despreciable.

1082 Lo vno, porque (como dexamos fundado) es indisputable que la disposicion del dicho testamento quedò revocada por el poder de 19. de Iulio de 1645. y que discurriendo por los principios, y reglas del Derecho, no puede, ni deve estimarse por vltima voluntad, ni formarse juizio, ni dictamen, para que se govierne por ella la sucession, *ex ratione leg. vnicæ, C. de latina libert. toll.* ibi: *Satis absurdum est ipsa origine rei sublata eius imaginem relinqui,* & Gothofred. ibi: *Origine sublata non est, cuius sit imago.*

1083 Lo otro, porque siendo (como es) constante, que el señor Marquès no funda, ni puede fundar su intento en el llamamiento, y substitucion postergada, que tiene en el testamento de 21. de Noviembre de 1645. se le opone *pro nunc,* y hasta que estè evacuada la linea, y descendencia del señor Duque; *de te non loquitur substitutio,* D. Molina *de Hispan. primog. lib.1. cap.4. num.5.* ibi: *Persona enim, quæ substitutionem allegat, illam probare debet, alias semper ei dici potest, substitutio non loquitur de te.*

1084 Lo otro, porque supuesto lo antecedente, deve el señor Marquès reconocer, que en este pleito litiga sin derecho, y que en fuerça del que supone, no puede, ni deve obtener en su intento, pues deve verificar tres cosas el que pretendiere la sucession de algun mayorazgo, que son, tener llamamiento, la qualidad con que se le llama, y aver llegado el caso de su vocacion, *l.1. C. quorum bonor. leg. Lucius, §. tres hæredes, ff. ad Trebell.* Paz *de tenuta, cap.30. num.18.* D. Molin. *lib.1. cap.4. num.5.* Castillo *lib.6. cap.136. num.68.* D. Larrea *decis.33. num.33.* ibi: *Qui ad maioratus successionem admitti desiderat, tria probare tenetur, vocatum esse, habere qualitatem, sub qua vocatus est, & suæ substitutionis casum euenisse:* y assi no aviendo llegado el caso de su inclusion, se convence, litiga sin llamamiento, y que no tiene derecho para que se difiera à su pretension, *leg. in plurium, 70. ff. de adquir. hæred.* ibi: *Nam hoc gradatim consequitur, leg. hæredes mei, 57. § fin. ff. ad Trebell.* ibi: *Propter gradus fideicommissi præscriptos, leg. æquissimum, 2. §. defertur, 4. ff. de bonor. pos. secund. tab.*

tab. ibi: *Defertur bonorum possessio secundum tabulas primo gradu scriptis hæredibus: mox illis non petentibus, sequentibus, leg. vnum ex familia, 67. §. rogo, 7. de legat. 2. leg. filius, 42. §. cum filius, 2. ff. de bon. libert.* ibi: *Et sine dubio, qui sequentis gradus sunt, non admittuntur interim, leg. Paulus notat, 8. ff. de prat. stipul.* ibi: *Et potest videri calumniose satis petere, quem alius antecedit.*

1085 Lo otro, porque no es de aprecio, ni estimacion dezir, que el señor Conde no estava en su sana mente el dia 19. de Iulio, en que otorgò el poder, y que su nulidad es notoria por los defectos, y vicios que se supone padece, pues como dexamos fundado todo esto se convence de incierto, y temerario.

1086 Sobre estos supuestos indubitables, passamos à proponer, y fundar, que la señora Condesa pudo, y deviò en fuerça del poder, y voluntad que el señor Conde la comunicò, y participò, alterar la disposicion del testamento del año de 1642. por el testamento que en virtud de su poder hizo, y otorgò, y dar llamamiento prelativo al señor Duque, y su descendencia.

1087 Porque si es cierto en el hecho, que el señor Conde instituyò à la señora Condesa por su heredera fiduciaria para que valiesse el poder, cumpliendo con la formalidad de la ley 31. de Toro, dandola comission para testar por su Excelencia, respecto de la angustia del tiempo en que se hallava, afirmando positivamente: *Con quien en diferentes ocasiones he comunicado las cosas de mi conciencia*; tambien es cierto en Derecho, que todo quanto obran los Comissarios, se presume, y dize hecho por el testador, *leg. vnum ex familia, §. rogo, de legat. 2.* vbi Gothofr. ibi: *Commissarius in casu isto est organum legis, non autem causa per se disponens, & ideò ab eo non denominatur effectus, l. fin. ff. quod cum eo, qui in aliena potest*, ibi: *Quia videbatur in omnibus eum suo nomine substituisse.* Amaya *in leg. certa forma, 4. C. de iure Fisci, lib. 10. num. 41.* Cardin. de Luca *de testam. discurs.* 46. haziendo mencion de la *ley seius saturninus, ff. ad Trebell. & leg. quidam cum filium, ff. de hæred. instit.* que hablan de herederos fiduciarios, *num. 8. vers. 2.* ibi: *Itaut fiduciarius sit nudus minister, per cuius organum testatoris voluntas explicetur.* Matienç. *in l. 8. tit. 4. lib. 5. Recop. gloss. 1. num. 1.* ibi: *Nam testamentum per commissarium factum, ab ipsomet testatore censetur factum.* Tello Fernand. *in l. 34. Tauri, n. 6.* ibi: *Quòd non dicantur duo testamenta, sed vnum tantum consecutivum, & dependens, & sic tàm dispositio testatoris, quàm quod fecit executor virtute commissionis, omne dicitur vnum testamentum.* Peralta *in leg. vnum ex familia, §. si de falcidia, num. 5.* ibi: *Quòd fit à commissarijs, vel executoribus testamenti per testatorem in eo nominatis, censetur ab ipso testatore factum.* Mieres *de maiorat. 1. part. quæst. 44. num. 114.* Castill. *cum plurib. cap. 182. num. 9. & 10. & cap. 184. n. 1.* Paz *de tenuta, cap. 34. num. 76.* ibi: *Tertiò, quia quidquid fit ab eo, cui testator electionem, distributionem,*

seu

seu declarationem commisit, tanquam ipsius defuncti factum reputatur, ex textu in reg. qui per alium, de regul. iur. in 6. l. quòd meo, ff. de adquir. poss. Et morte defuncti hoc testamentum confirmatur, tanquam si ipse fecisset.

1088 Y que se presuma comunicado por el testador lo que obrò el Comissario, lo resuelve Mieres 1. *part. quæst.* 48. *num.* 191. ibi: *Pro maiore parte testatores, qui huiusmodi commissiones concedunt, eas communicant cum executoribus, & propriam voluntatem illis exponunt, & quòd relinquitur in manu executorum, regulariter solum est ordinatio propriæ voluntatis, quia ipsi morte præuenti non habent locum seriatim, & per ordinem omnia explicãdi, & vnico verbo in summa, & in substantia illis propriam declarant voluntatem,* optimè D. Valençul. *cons.* 154. *num.* 18. ibi: *Quia actus præsumitur factus eo modò, quo mandatum fuit, ex l. qui negotiationem, ff. de administ. tut.* Bald. *in l. cum opportet, Cod. de bonis, qualib.* Decio *cons.* 77. *n.* 3. Menoch. *lib.* 3. *præsumpt.* 49. *num.* 2. Morosc. *resp.* 36. *num.* 8. y por esto dixeron Matienç. *dict. glos.* 1. *num.* 2. y Tello Fernandez *l.* 34. *Tauri,* que el poder para testar, y la execucion del Executor, ò Comissario, *vnum, & idem testamentum esse,* Pedr. Sard. *cons.* 29. *num.* 3. Pegas *de maioratib. tom.* 1. *cap.* 3. *num.* 38.

1089 Y esto no se queda en terminos de la presumpcion de Derecho, sino que la misma señora Condesa en el testamento que otorgò, como Comissarìa del señor Conde, clara y distintamente repitiò muchas, y diversas vezes, que lo que disponia se lo avia comunicado su Excelencia, como consta *mem. num.* 133. ibi: *Que por quanto el señor Conde comunicò, y dexò conferido con la señora Condesa su testamento, y vltima voluntad, y la aduirtiò, y dixo, que las disposiciones que adelante irian declaradas, queria que se tuuiessen por suyas, y de la misma fuerça, y valor, que si èl mismo las hiziera, y otorgàra, haze, y ordena su testamento, vltima, y postrimera voluntad, con las clausulas que èl mismo la ordenò, y mandò.*

1090 Y à cada passo en esta disposicion, y en la que dicha señora Cõdesa hizo por sì, llamando en primer lugar en las Casas, y Mayorazgos que fundò el señor Conde, al dicho Don Enrique su hijo, declara, que esta fue la voluntad del señor Conde, que la tenia comunicada.

1091 Y à esta declaracion tan geminada (quando no tuviera por sì la presumpcion de derecho, que dexamos apuntada, y la recomendacion que por la persona que lo afirma merece, en cuyo caso en los que se necessita de juramento se cree sin èl à las personas de semejante autoridad, y christiandad, *vt ex multis probat* Serafino *de priuil. priuileg.* 2. *num. fin.* Fagnan. *in cap. tua nobis, de testam. num.* 27. ibi: *Creditur enim executori testificanti de voluntate testatoris sibi secretò commissa)* aviendo el señor Conde confiado de dicha señora la declaracion de sus disposiciones, que la tenia comunicadas (lo qual pudo hazer, *ex l. Theopompus, ff. de dote præleg. vbi notant omnes,* ibi: *Polianus sciens mentem meam)* dispone el Derecho

que

que se le dè entera fee, y credito, *ex* Ñatta *conf.* 115. *num.* 8. Surdo *decis.* 194. *num.* 18. Plot. *de in litem iur.* §. 48. *num.* 1. Thuscus *litt. A. conclus.* 536. *num.* 3. Ruin. *conf.* 19 *num.* 5. *lib.* 2. Afflictis *decis.* 364. *num.* 3. Mantica *de coniectur. lib.* 3. *tit.* 1. *num.* 15. Præt. *lib.* 1. *interpret.* 1. *dict.* 3. *sol.* 5. *num.* 3. Peregrin. *de fidei commis. art.* 3. *num.* 58. Mascard. *conclus.* 485. *à num.* 4. Surd. *conf.* 380. *à num.* 9. Michael Grasso §. *institutum*, *quæst.* 18. *num.* 16. Camil. Gall. *de verb. signif. lib.* 10. *cap. fin. num.* 17. Fontanel. *de pact. claus.* 5. *glos.* 8. *num.* 2. Castillo *tom.* 6. *cap.* 182. *num.* 1. tenet Dom. Salgad. *de supplicat. ad Sanctiss.* 2. *part. cap.* 2. *num.* 5. afirmando que todos resuelven se ha de estar à esta declaracion, ibi: *Qui omnes, etiam testantur declaratione commissa alteri super eo, quòd eidem dictum fuerat secretò, vt declarantis dicto omninò sit standum.*

1092 Siendo la razon, como dize Amaya (interpretando la *ley Theopompus*) porque aqui no se cree al Comissario como testigo, sino como al mismo testador, *in l.* 2. *Cod. de iure Fisci*, *lib.* 10. *num.* 22. ibi: *Quòd cum sit, non creditur vni testi, sed testatori, cum nihil intersit, an testator, quid dicat, aut decernat, vel ille, cui ipse dederat eius rei discernendi potestatem*; y aunque algunos han dicho que para esta declaracion se requiere juramento, la distincion es, que solo se requiere quando manda que en tal, ò tal cosa se estè à su declaracion, que entonces como testigo avrà de jurar, y lo contrario quando se comete al arbitrio del Comissario, vt firmat Castillo *dict. tom.* 6. *quæst.* 182. *num.* 1. ibi: *Ideò si mandet testator stari dicto alicuius, intelligitur cum iuramento; sicut testis, at si disposuit testator certæ personæ arbitrio, & declarationi standum esse, tunc sine iuramento, ei credendum est*, tenet Bart. *in dict. l. Theopompus*, *num.* 7. Thuscus *litt. A. conclus.* 536. *num.* 3. & 4. Aceved. *in l.* 6. *tit.* 4. *lib.* 5. *ex num.* 22. Mantic. *lib.* 3. *tit.* 1. *num.* 16. Menoch. *de arbitr. quæst.* 58. *num.* 1. D. Covarr. *lib.* 2. *var. cap.* 13. *num.* 3. Suelv. *conf.* 100. *part.* 1. *num.* 8.

1093 Esta verdad no solo se acredita con las presumpciones, assistencias de derecho referidas, y confessiones multiplicadas de la señora Condesa; pero tambien se comprueba con la deposicion de Don Diego Llamazares, examinado en el juizio de tenuta, que concluye, q̃ luego que se conociò la mejoria del dia 19. y restituciõ del señor Conde à su sana mente, vino la señora Condesa al quarto del señor Conde, y la dixo, le mandasse llamar vn Escrivano para otorgar la disposicion, como el señor Conde se la tenia comunicada, *mem. num.* 1198. ibi: *Que la señora Condesa vino luego, y entrò en el dormitorio, y se sentò en vna silla junto à la cabecera de su marido, al lado derecho, y el señor Conde la tomò la mano derecha, y se la besò, y la dixo: Bendita sea la misericordia de Dios, que gran dia me ha dado, hagame llamar mi señora al Padre Ripalda para confessarme, y à vn Escrivano para otorgar la disposicion, que he de hazer conforme sabe mi señora, &c. l. quæro*, 58. §. *seruum*, *ff. de ædil. edict.* ibi: *Si & alia indicia prioris fugæ non deficiunt, tunc etiam serui responso credendum*

dum est. Alexand.*conf*.197.*n*.3.*lib*.7. Socin. *conf*.61.*num*.8.*lib*.1. Antonio Fab. *in Codic.lib*.4.*tit*.15.*diffinit*.35.y por las depoſiciones del miſmo Don Diego Llamazares,*num*.1272. Doctor Lazaro de la Fuente, *num*. 1297. Bernardino de Benavides, *num*.1307. Ana Gomez, *num*. 1311. Doña Geronima de Mendoça,*num*.1317. y Doña Catalina de Olivares, *num*.1323. los quales concluyen de viſta, que al tiempo que entrò Benavides en el dormitorio del ſeñor Conde, deſpues de aver paſſado los antecedentes que refieren, y preguntado ſi queria hazer teſtamento, reſpondiò ſu Excelencia ſe hallava congojado con la gravedad de ſu enfermedad, y que no podia hazer teſtamento, que ſolo queria otorgar poder para teſtar à la ſeñora Condeſa, con quien en diverſas ocaſiones tenia comunicado las diſpoſiciones de ſu hazienda, y conciencia.

1094 Con que aviendo, como ay, probança concluyente de la confeſsion del ſeñor Conde de aver comunicado las diſpoſiciones de ſu conciencia, y hazienda con la ſeñora Condeſa, no admite la mas leve duda la exiſtencia, y firmeza del teſtamento que otorgò, como Comiſſaria, y heredera fiduciaria. D.Molin. *lib*.4.*cap*.2.*num*.13. D.Larrea *deciſ*.57.*n*.6. Surd.*conſ*.380. *num*.9. ibi: *Secundò reſpondetur, quòd in præſenti facto ſubſtantia ſubſtitutionis non eſt collata in arbitrium, ſeu voluntatem hæredis, ſed ſola declaratio: nam teſtator proteſtatus eſt hæredem eſſe plenè informatum de ipſius voluntate, declarans enim non diſponit, ſed diſpoſitum detegit, & manifeſtum facit. Et num*. 11.*in fine*, ibi: *Sic igitur in facto noſtro, in quo proteſtatus eſt teſtator, hæredem informatum eſſe de ſua voluntate propterea diſpoſitio debet ſubſtineri, non autem corruere*. Luca *de teſtam. diſcurſ*.47.*n*.9. ibi: *Vndè propterea eleganter text.in l.adeò*, 7. §. *cum enim, ff de adquir. rer. domin. declarantem, ſeu interpretantem aſsimilat excutienti grana à ſpicis, qui nihil facit, vel dat de ſuo, ſed clarius apperit id, quòd iam in ſubſtantia perfectè inerat, leuando ſolum illud velum, quòd aliqualiter occultum retinebat, id quòd pro noſtri intellus imbecillitate nobis obſcurum, ſiue ignotum erat*.

1095 Que la la diſpoſicion, y teſtamento que haze el Comiſſario no neceſsite para ſu firmeça, y validacion de juramento, ſe convence con evidencia de no aver diſpoſicion de Derecho que le requiera por conſtitutivo ſubſtancial, ni ſolemne, *text.in Authent. de non elig ſecund.nub.coll* 1. §. *cum igitur, verſ.Optimum*, ibi: *Nec qualibet lex eſt aliquid tale dicens*. Y tambien ſe prueba de la vniverſal practica de eſtos Reynos, pues no ſe ha oìdo, ni entendido haſta aora, ſe aya dicho de nulidad contra los teſtamentos que hazen, y ordenan los Comiſſarios por la falta del juramento, *l*.1.§. *Conſulares, ff.de Senator*. ibi: *Quòd nec vſquam relatum eſt, nec vſquam receptum*.

1096 Ni puede dezirſe que la ſeñora Condeſa en virtud del poder no tuvo facultad para revocar el teſtamento del año de 1642. *ex l*. 34. *Tauri*, ibi: *El Comiſſario por virtud del poder que tuviere para hazer teſ-*

testamento,no pueda revocar el testamento que el testador auia hecho en todo, ni en parte, saluo si el testador especialmente le diò poder para ello, Pater Sanch. *consil. Moral, lib.* 4. *cap.* 1. *dub.* 27 *num.* 8. ibi: *Nec potest reuocare testamentum in toto, nec in parte, quòd testator fecerat, nisi expressè ad id dedisset potestatem, sic habetur, l.* 34. *Tauri, quæ hodie est, l.* 8. *tit.* 4. *lib.* 5. *Recopil.*

1097 Pues consta del poder que el señor Conde expressa, y expecificamente revocò qualesquier testamentos, y codicilos que tuviesse hechos, y que le diò à la señora Condesa para que dispusiesse su testamento en la forma que la tenia comunicado, instituyendo à su Excelencia por su heredera vniversal fiduciaria, *l. qui peculij*, 46. *ff. de peculio*, ibi: *Qui peculij administrationem concedit, videtur permittere generaliter, quòd & specialiter permissurus est.*

1098 Y asi la señora Condesa no revocò en virtud del poder por el testamento de 1645. el de 1642. pues ya estava revocado por el poder, *&, per consequens*, la fundacion del mayorazgo que en èl hizo el señor Conde, *ex vulgari axiomate non entis nullæ sunt qualitates*: *l. eius, qui in Provincia*, 41. *vers. Quoniam, ff si certum pet. l. Pomponius*, 13. *§ fin. ff. de acquir. posses. cum vulgatis.*

1099 Sin que obste dezirse que la señora Condesa revocò por el testamento de 1645. qualesquier testamentos, y codicilos que el señor Conde huviesse otorgado antes del poder, porque esta revocacion no puede estimarse acto propio de la señora Condesa, atendida la disposicion de Derecho, en que se previene, que semejantes actos son propios del mandante, y conmitente, y que en ellos el Comissario es nudo instrumento que executa, *cap. vt famæ, de sententia excommunicat.* ibi: *Cum non hoc ipsi, sed illi quorum authoritate id faciunt, facere videantur*, Pegas *de maiorat. tom.* 1. *cap.* 3. *num.* 38.

1100 Menos puede (presupuestas las leyes de Toro) dezirse, que por el poder no se transfiriò en la señora Condesa la facultad de alterar la disposicion del testamento de 1642. y que la señora Condesa no la tuvo para dar el llamamiento prelativo que diò à la descendencia del señor Duque; porque es principio elemental que la facultad de disponer es transferible, y transmissible, Castillo *lib.* 2. *cap.* 6. *num.* 31. ibi: *Denique ex eisdem legibus tollitur aliud dubium, & confirmatur appertè sententia dicentium lege, vel statuto effici posse, vt extranea cuiusque testatoris voluntas alterius dispositioni committi possit; etiam libere, & num.* 46. ibi: *Cum illæ leges testatoribus permittere videantur, in aliorum voluntate legata, & quascumque dispositiones relinquere, vt dicebam supr. num.* 39.

1101 Lo mismo siente, y opina el señor Covarr. *in cap. cum tibi, de testam. vers. Secundò*, ibi: *Secundò quidem ab Aretino, & Iassone libentissimè dissentio, qui dum confusa doctrina vtuntur, asserunt consuetudine fieri non posse, vt cuiquam permissum sit vltimam eius voluntatem in alterius li-*

liberam dispositionem, aut consensum conferre, hoc enim, vt ipsis placet, contra bonos mores est. Falluntur equidem, nam si id contra bonos mores esset, non permitteretur hoc Canone etiam fauore piæ causæ, in quo sequor Angel. in dict. l. captatorias, de hæred. inst. Alex. in l. captatorias, Cod. de testam. milit. eundem Socin. & Rip. in dict. l. 2. de vulgari, in princ. qui probare conantur, consuetudine induci posse, vt extranea cuiusqae voluntas, alterius dispositioni committi possit, etiam liberè.

1102 Gregor. Lop. *in l. 11. tit. 3. part. 6. glos. magna*, ibi: *Limita quarto, quando testator dedit alicui potestatem faciendi testamentum pro eo, nam tunc Commissarius poterit facere seruata dispositione, l. 32. in legibus Tauri, quæ lex est multum notanda, & tollit magna dubia, quæ erant de iure communi, nam de iure communi videbatur, quòd testator non possit committere factionem testamenti alteri, quia quis debet testari de animo suo, non de alienò.*

1103 Y Matienço en la *ley 5. glos. 2. tit. 4. lib. 5. Recopil. num. 3. vers. Verum.* ibi: *Verum satisfieri poterit huic obiectioni, si intelligas iure communi non esse permissum, quòd alter per alterum testetur, vt in glossa præcedenti probauimus ex receptiori Interp. sententia, iure autem Regio sic per leg. nostram, & in l. 8. eiusd. tit. glos. 2. num. 2.* ibi: *Nota etiam ex hac lege, quòd firmitas testamenti potest volente testatore dependere à voluntate tertij post mortem testatoris explicanda, quòd est mirabile.* Peralta *in l. 1. num. 53. vers. Quia prædicta, de legat. 2.* Mench. *de succes. progressu, lib. 1. §. 13. num. 20. & 24.* Barbos. *lib. 2. voto 65. num. 10.*

1104 De estas doctrinas se convence demonstrablemente que el señor Conde pudo conferir la disposicion de su testamento que tenia comunicada, y que la señora Condesa en virtud del poder tuvo facultad de alterar los llamamientos del testamento del año de 1642. y de hazer las disposiciones que hizo en el testamento de 21. de Noviembre de 1645. y que conforme à èl el señor Marquès no tiene por aora substitucion que le incluya, mediante està suspendida la del dicho testamento, durante la descendencia del señor Duque, *vt supr. fundauimus.*

1104 Reconociendose la fuerça de estos fundamentos, se ha ponderado por el señor Marquès que fue imprudente la disposicion del poder, y ageno de toda razon olvidar vn hijo, despreciar la memoria de sus ascendientes, con quien avia deseado vnirse, y apartar del cariño prendas tan del coraçon, como hermanos, sobrinos, primos, y demas parientes, y que la señora Condesa cometiò absurdos en la disposicion que hizo por el señor Conde.

1105 Aunque nos parece que esta oposicion es desestimable, por ser voluntaria, y formada en la idea de los Abogados del señor Marquès, sin embargo passamos à expressar los medios, que con evidencia convencen su desestimacion.

1106 Lo vno, porque si el señor Conde en el testamento de 1642.

num.

*num.*61. suplica à su Magestad ampare su casa, y à la señora Condesa, y se sirva honrar, y hazer merced à Don Enrique su hijo; al señor Duque su yerno, al señor Don Luis de Haro su sobrino, à los successores de la Casa de el señor Conde, à los Marqueses del Carpio, y Alcañizas, y en el vltimo lugar al señor Marquès de Leganès su primo.

1107 La señora Condesa como Comissaria executò la misma voluntad del señor Conde, manifestada en dicho testamento, ibi: *Fue su voluntad que en su nombre suplicasse à su Magestad con la reuerencia que deuia de humilde vassallo, se siruiesse de amparar à sus hijos Enrique, y Juana, y à su sobrino Don Luis de Haro, al Duque de Medina de las Torres, al Marquès de Leganès, la Marquesa de Alcañizas, y Condesa de Monterrey, y todas sus Casas.*

1108 Lo otro, porque en execucion de esta voluntad, y memoria del señor Conde, adjudica, y manda al señor Don Luis de Haro su sobrino, y successor en la Casa de sus padres la Alcaydia de los Reales Alcazares de Sevilla, libre de la paga de 50U. ducados que avia de pagar el successor en ella, la mitad de Castilleja de la Cuesta, y la jurisdiccion de Tolerancia, de todas las Villas del Estado de Olivares, los oficios de Gran Chanciller de las Indias; y el de Tesorero General de Aragon, y Presidencia de Millones los distribuye en las tres Casas q̃ dicho señor Conde avia fundado de Mayrena, Medina de las Torres, Belilla, y Vaciamadrid.

1109 Lo otro, porque es incierto que la señora Condesa en el testamẽto que otorgò como Comissaria olvidasse la memoria de vn hijo, pues consta que llamò en primer lugar para el Mayorazgo de Sanlucar à Don Enrique Phelipez de Guzman, y que diò llamamiento à los sobrinos, primos, y parientes del señor Conde.

1110 Y asi la falta de memoria de los hermanos, sobrinos, y demàs parientes (que tanto se pondera) consiste no en q̃ su Excelencia se olvidasse del hijo à quien asistian tantas demonstraciones, no en que confundiesse su Casa, y memoria, y el deseo de vnirse à sus ascendientes; no en el olvido de las prendas del coraçon de hermanos, y sobrinos, sino en que por la fundacion del Mayorazgo de Sanlucar la señora Condesa dixo, que la voluntad del señor Conde fue que sucediesse à falta de la descendencia de D. Enrique la Casa de Medina de las Torres, que su Excelencia avia fundado en el señor Ramiro Nuñez de Guzman, señor de Toral, porque fue siempre su voluntad à falta de descendencia suya dexar su memoria, y Casa en la sangre, y Guzmanìa de Toral, y por esta causa le escogiò, y casò con su hija, y despues de la muerte de ella fundò en èl la Casa de Duque de Medina de las Torres, tratandole, y teniendole siempre en lugar de hijo suyo, y de hermano immediato de los successores nombrados de la Casa de Sanlucar, *mem. num.* 149. y 150. *Y en que despues de su descendencia llamò à la Casa del señor Marquès de Leganès.*

1111 Esta disposicion ha sido la destemplança del entendimiento del

del señor Conde, y la causa de los absurdos de la señora Condesa, que han ocasionado tantos precipicios, no perdonando los Abogados del señor Marquès la memoria de vna señora que fue exemplo de virtud, y prudencia, incluyendola en falsedades, y iniquidades, manchando de camino à toda la familia de vn Principe tan grande, sin que para esto aya mas fundamento, que la veleidad del Padre Ripalda, y las segundas ideas del Doctor Maroja, cuya desestimacion dexamos convencida.

1112 Y si ay tanta obstinacion, y ceguedad en deferir à lo que declara la señora Condesa, como comissaria, y à la disposicion de derecho, que presume identidad en lo comunicado por el testador, y executado por el comissario, como se ha fundado, atiendase à lo que dize el señor Conde hablando con la Magestad del señor Rey Don Phelipe Quarto en el primer papel, antes de la muerte de su hija, casada con el señor Duque (entonces Marquès de Eliche) *mem. num.* 1969. ibi: *No puedo escusarme de suplicar à V.M. se sirva de que nosotros le podamos dar aquella Encomienda, que V.M. nos hizo merced para Maria, y con esto mandando cubrir la Casa de Toral, que tanta calidad tiene, y que lo que se auia de convertir en el Mayorazguillo de Maria, se junte à aquella Casa, que con esto nada le faltarà para que sea justicia el hazerle esta honra.* Y concluye: *Y assi declaro, Señor, por si muriere, esto, que suplico à V. Magestad por mi vltima voluntad en la disposicion de estos bienes, que por merced de V.M. tengo, y facultad de disponer en muerte, ò en vida de ellos.*

1113 Y en el segundo papel despues de muerta la señora Doña Maria su hija, *num.* 1970. ibi: *El Marquès se halla oy ajustadamente desnudo, y cargado de infinitas deudas, contraidas por las obligaciones en que Dios le auia puesto de hijo mio. Considerome sin hijos, y que ya no puedo hazer por nadie, ni dexar mis mayorazgos à nadie que descienda de mi, con que los mas parientes en esta parte se hallan tan lexos de mi, como los estraños; considero tambien, que mi hija fuera heredera vniversal, y que ella si muriera mas de espacio me pidiera para su marido quanto tuuiesse que dar à otro; hallo que yo no lo negàra à mi hija, sino que le auia de hazer en vida, y en muerte todos los gustos que pudiesse, como lo deuia à lo que hizo conmigo ella; con esto señor &c.* Prosigue pidiendo à su Magestad Titulo de Duque para su hierno, y añade: *Pues yo siempre que èl no lo desmerezca à Dios, y à V.M. le he de tratar como à mi hijo mayor, sucessores de la Casa de mis padres seràn otros, y sin ningun desconsuelo mio, porque los amo como à mis entrañas, y suplico à V.M. los fauorezca mucho: Don Diego es luego mi mayor amigo* (assi es la graduacion) *el Marquès, y Don Diego estàn en mi coraçon, y este moço queda lustroso, y honrado de mano de V.M.*

1114 Vease, pues, si la copia de la voluntad del señor Conde en la disposicion de la señora Condesa (en quanto dize, que en conformidad de lo que la tenia comunicado el señor Conde nombra al señor Duque, à falta de los descendientes de Don Enrique, para la sucession de la Casa de San-

Sanlucar, porque siempre fue su voluntad, à falta de descendencia suya, conservar su memoria, y Casa en la Guzmania de Toral, y que por esto le casò con su hija, y siempre le tuvo en lugar de hijo suyo, y hermano inmediato de los sucessores en dicha Casa) corresponde bien à el original de la mente, y voluntad del señor Conde, declarada por su misma boca à su Magestad, afirmando, que muerta su hija siempre le ha de tratar como à su hijo mayor; y dà à entender, que quiere agregar à su Casa todos los bienes que por merced de su Magestad tiene, y que esta es su vltima voluntad; afirmando tambien, que en quanto à esto los mas parientes se hallan tan lexos, como los estraños, aunque en quanto à las honras que espera de su Magestad gradua à los sucessores en su Casa, y à Don Diego, *pero al señor Duque en primer lugar.* Y si aun no se defiere à lo que por estos papeles confiessa el señor Conde, y lo que consta por las probanças del señor Duque, y se insiste que fue imprudente esta disposicion, porque para conservar la memoria del señor Conde en su Casa de Sanlucar, llamò primero à la Casa de Toral, cepa de la Guzmania por varonia, y prepostero la Casa del señor Marquès.

1115 Respondemos, que es obstinada defensa, y mas culpable à vista de la verdad, que la excluye, iuxta illud Divi Ambrosij *in tract. de Cain, & Abel*, ibi: *Erubescere debemus, & condemnare peccatum, non defendere, quia pudore culpa minuitur, defensione cumulatur.*

1116 Tambien se ha opuesto, que por el poder que el señor Conde diò à la señora Condesa, y testamento que en su nombre hizo, no pudo quedar revocado el de 1642. estando instituido en este el hijo del señor Conde, por cuya razon contiene la clausula derogatoria legal de la *Authent. hoc inter liberos, C. de testament. l.8. tit.1. part.6.* que pide especial mencion del primero para que quede revocado, y que esta clausula derogatoria legal se equipara à la de voluntad de la *ley si quis, in princip. de legat.3.*

1117 Y quan inadequada, insubstancial, y despreciable sea esta oposicion, *patet*: Lo vno, porque quando estuvieramos en estos terminos, y *per possibile* se diera, que podia convenir al Marquès de Mayrena el privilegio de la *Auth. hoc inter liberos*, no aviendose valido de èl, antes si consentido la disposicion del año de 1645. y sucedido su hijo en virtud de ella; ignoramos por què titulo el señor Marquès se puede valer de este medio, pues lo que dize la *Authent.* es: *Si parens declaret, se nolle testamentum valere*; y esto entre los hijos, *hoc inter liberos*; y la *ley 8. tit.1. part.6.* ibi: *Mudar puede el padre, ò el abuelo el testamento entre los hijos, diziendo en el testamento, como muda, ò reuoca el testamento que hiziera primero.*

1118 Lo otro, porque este es vn privilegio exorbitante, introducido solo à favor de los hijos, vt ex Baldo, & alijs, tenet Natta *in dict. Auth.* ibi: *Ratio quare Imperator noluit intelligi reuocatum primum testamentum per secundum, nisi id expressè dicatur fuit fauor filiorum*, tenet etiam

Me-

Menoch.*lib.4.præsumpt* 166.*num.*62. ibi: *Cum receptum sit ab omnibus, rationem Authenticæ hoc inter liberos esse fundatam in fauorem filiorum,* tenet Acacius *de priuileg. parent. priuileg.* 15. *cap.*2. *num.*16. Sucard. *in dict. Authent. num* 4. Serafino *decis.*820. *num.*4. por cuya razon dixo legalmente Sforcia Odda *cons* 89. *num.*40. que no se pueden valer de esta Authentica los estraños, ibi: *Quia continet priuilegium speciale fauore filiorum.*

1119 Es igual, ò de la misma classe el privilegio de la *ley hac consultissima, §. ex imperfecto, C de testam.* y la *ley 7. tit.* 1. *part.*6. que dispone, que el testamento *inter liberos minus solemne* sea valido, y sin embargo por ser concedido *tantum* a favor de los hijos, no puede el heredero estraño valerse de èl, ni fundar derecho, para que subsista su institucion, ibi: *Si en èl estuuiesse ayuntada otra persona estraña con los hijos, quanto atañe à la persona del estraño, no valdria el testamento*, Boerio *decis.*240. Mantica *de coniect. lib.*6. *tit.*2. *num.*20. Acacio Ripol *de priuileg. parent. priuileg.* 15. *num.*1. Fusar. *de substitut. quæst.*393. *num.*38. Paschal. *de virib. patriæ potest.* 2. *part. cap.*8. *num* 28. ibi: *Huiusmodi priuilegium solum procedit circa ea, in quibus versatur fauor ipsorum filiorum, non autem quoad alia, quæ concernunt fauorem extraneorum.* Y tambien lo es el de la *ley hac edictali, C. de secundis nuptijs*, Iulio Caponio *discept.*76. *num.*20. *tom.*2. y por esta causa intransmissible à los herederos estraños: *Noalis de transmissionibus, casu* 36.

1120 Y assi aunque por privilegio especial à favor de los hijos se suple la clausula codicilar (ex Glossa *in leg. cum hæredi, §. cum filiæ ff. de vulgari*, Mantica *de coniect. lib.*6. *tit.*2. *num.*3. Cancer. cum alijs, *tom.*1. *var. cap.*4. *num.*24.) este privilegio *nullatenus* se estiende à los estraños, vt tenet Fabio Turret. *de effectib. claus. codicill. effectu* 59. *quæst.*158. Paschal. *de virib. patriæ potest.* 2. *part. cap.* *num.*36. ibi: *Tamen hæc clausula sic tacitè subintellecta nihil operatur quoad ea, quæ fauorem extraneorum concernunt.*

1121 Sin embargo de ser indubitables estas doctrinas, y indisputable la limitacion de la *Authent. hoc inter liberos*, que dexamos fundada, se replica por el señor Marquès, que todas hablan en el caso del *§. ex imperfecto, y ley de Partida* correspondiente, y que es distinta la disposicion de la *Authent. hoc inter liberos, y ley de Partida* concordante; à que respondemos, que no dudamos que el *§. ex imperfecto* dispone en otra especie diversa de la que contiene *la Authentica*, y que el avernos valido por paridad de razon del privilegio del *§. ex imperfecto*, y del privilegio de la *ley hac edictali, C. de secundis nuptijs*, ha sido solo para persuadir, que en vna, y otra especie es personal del hijo el privilegio que contiene; y que es proposicion indubitada en derecho, que el de la *Authent hoc inter liberos*, no es transcendental al estraño, Cancer. *tom.*1. *cap.*4. *num.*3. ibi: *Sic filio præterito tacitè alius non potest nullitatem testamenti allegare*, idem Magon.

de-

*decis.Lucens.decis.*84.*num.*16.*vbi allegat multos,* Fachineus *controu.iur. lib.*23. *quaest.*68. Caved. *decis.*63. *num.*6. *lib.*1. Noguer. *allegat.*31. *ex num.*116.

1122 Y assi dezimos, que si el hijo instituìdo con estraño en el primero testamento no quiere impugnar el segundo, en que no ay clausula especial derogatoria; el estraño *nullatenus* le podrà impugnar, no solo en el caso de estar perjudicado el hijo en la legitima en el segundo (en que solo compete la *quaerela inofficiosi testamenti, toto tit. ff. & C. de inoffic. testam.*) *verumetiam* en el de estar absolutamente preterido, en el qual es nulo *ipso iure, leg. inter caetera,* 30. *ff. de liber. & posth. leg. maximum vitium, C. de liber. praet. §.*1. *Instit. de exhaered. lib.* en cuyos terminos habla Cancerio, y los demàs citados *suprà, vt constat dict. cap.*4. *num.*29. ibi: *Filium praeteritum non posse approbare testamentum patris in praeiudicium fratrum suorum, benè tamen aliorum.*

1123 Los Abogados del señor Marquès, continuando la diferencia de estas dos disposicioner, dizen, que es diversa la del *§. ex imperfecto,* y la diversidad la constituyen en que no fuera razonable que el testamento imperfecto aprovechasse à estraños, faltandoles la prerrogativa de hijos, y que assi la porcion de los estraños se acrece à los hijos (y preguntamos, por què si aqui, porque es privilegio de hijos, no es razonable que aproveche à estraños, alli serà razonable, siendo tambien privilegio de hijos?) y finalmente hazen comparacion de las dos disposiciones, y dizen, que el testamento solemne (*scilicèt,* de la *Authent. hoc inter liberos*) no se anula por otro que no tenga especial derogacion (pero omiten dezir, *quid iuris,* si el hijo aprueba este segundo, que no tiene la especial derogacion.)

1124 Confessamos ay diferencia, y muy grande en las dos disposiciones; pero que consiste en que son distintos privilegios, y ordenados à distintos, y contrarios fines; el vno, para que valga el acto; y el otro, para que no valga; y si se quiere en esta contrariedad de efectos vnivocar los casos, es fuerça que se confundan las especies: el privilegio de la *Authent. hoc inter liberos,* es para que no valga el testamento que no tuviere la clausula especial, y el de el *§. ex imperfecto* es para que valga el testamento con menor numero de testigos; pero ambos privilegios personalissimos introducidos solo à favor de los hijos. Y si esto, que es la razon final del privilegio se confiessa, como se dize que del vno puede valerse el estraño, y del otro no? En el caso del *§. ex imperfecto* (que es afirmativo) vale el testamẽto, y aprovecha solo à el hijo, porque es suficiente para èl, y imperfecto para el estraño (*nec mirum, quòd tunc* el hijo lo perciba todo, porque el padre no muera, *ex parte testatus, & ex parte intestatus*) pero en el caso de la *Authent. hoc inter liberos* (que es negativo) para el hijo no es suficiente revocacion la que no tiene la clausula especial, aunque lo es para el estraño.

1125 De que nace, que si el hijo consiente en la vtilidad, poca, ò mucha

cha que tiene en el ſegundo teſtamento, el eſtraño no puede dezir que valga el primero en que eſtà inſtituido, *ſiquidem*, para èl es ſuficiente revocacion; y aunque es inſuficiente para el hijo, ſi eſte conſiente, ceſſa el privilegio. *Quia non datur in inuitum, l. cum pater, §. libertis, de legat. 2. cum vulgatis.*

1126 Corroboranſe mas las propoſiciones antecedentes de la eſpecie de la *ley filio præterito, 27. ff. de iniuſto rupto*, en que ſe propone preterido vn hijo en el teſtamento del padre; y aviendoſe dudado ſi por la preterición era nulo *ipſo iure*, responde el Conſulto, que ſi el hijo no le impugna ſe mantiene valido, ibi: *Filio præterito, qui fuit in patris poteſtate, neque libertates competunt, neque legata præſtantur, ſi præteritus fratribus partem hæreditatis auocauit, quòd ſi bonis, ſe patris abſtinuit, licèt ſubtilitas iuris refragari videtur, attamen voluntas teſtatoris ex bono, & æquo tuebitur.* Y aſsi aviendo autoridades, y diſpoſiciones de Derecho terminantes en favor del ſegundo teſtamento, ſe cōvencen de inſubſtanciales los reparos opueſtos con ocaſion del privilegio de la *Authent. hoc inter liberos*, que ſolo es vtil al eſtraño, quando el hijo impugna el teſtamento del padre; *ſed ſic eſt*, que Don Enrique Phelipez de Guzman, ni ſu hijo ſegundo Marquès de Mayrena no impugnaron el teſtamento de 1645. luego el ſeñor Marquès de Leganès no puede valerſe de dicho privilegio.

1127 Pero quando no fueſſe lo antecedente tan relevante, y excluſivo de las opoſiciones, y reparos referidos, lo que abſolutamente los haze deſeſtimables para q̃ no ſe atiendan, ni merezcan aprecio alguno, es, que D. Enrique Phelipez de Guzman quedò inſtituido heredero en el ſegundo teſtamento, y que no tuvo motivo, ni cauſa legitima para valerſe del privilegio de la *Authent. hoc inter liberos*: de que ſe deriva, que ſiendo el derecho que ſupone el ſeñor Marquès dependiente del de Don Enrique, no aviendoſe radicado en eſte, no pudo adquirirſe, ni transferirſe al ſeñor Marquès: *Quia non poteſt eſſe plus potentiæ in cauſato, quàm in influenti potentia cauſæ*, Bald. *in l. 1. ff. de Senatorib.* D. Molin. *lib. 3. cap. 5. n. 46.*

1128 No ſe aquieta el empeño de la defenſa del ſeñor Marquès à las ſatisfacciones que dexamos propueſtas, y continuando las replicas ſe opone, que no ay capacidad, ni antecedente de donde ſe infiera que Don Enrique Phelipez de Guzman, y el Marquès de Mayrena ſu hijo preſtaſſen ſu aſſenſo al teſtamento del año de 1645. y renunciaſſen la facultad que ſe dize les competia de impugnarle por el defecto de la clauſula derogatoria eſpecial, ſupueſto que D. Enrique no tuvo noticia del teſtamento de 1642. y que el Marquès de Mayrena muriò en ſu infancia.

1129 A que reſpondemos: Lo primero, que dado caſo que el privilegio de la *Authent. hoc inter liberos* tocàra à Don Enrique Phelipez de Guzman, baſtava que no huvieſſe vſado de èl, para que no aprovechaſſe al ſeñor Marquès, *ex ſupr. relatis.*

1130 Lo ſegundo, que el dicho Don Enrique no pudiera por la calidad

dad de su legitimidad deducir el privilegio de esta Authentica, pues solo compete, y se concede *Verè legitimis, non verò per rescriptum legitimatis, aut dispensatis, vt infrà dicemus.*

1131 Lo tercero, porque el mismo obstaculo padecia el Marquès de Mayrena su hijo, *l. Diuus Marcus, Cod. de quæst.* Mier. *de maiorat. part. 2. quæst. 2. à num. 31. cum seqq. & præcipuè, num. 81. vers. Contraria opinio,* Gonçal. *in regul. 8. Chancell. glos. 5. à num. 111.* Add. ad D. Molin. *lib. 3. cap. 3. super num. 41.* Roxas *de incompatib. part. 1. cap. 6. num. 110.* ibi: *Ampliatur primò in filijs legitimis, & naturalibus, attamen natis, & descendentibus ex naturalibus tantum, quia cum prouenıant ex radice infecta, neutiquam sunt de linea recta ad succedendum in maioratibus Hispaniæ, prout nec naturales tantum, ex quibus descendunt.*

1132 Lo quarto, porque quando no estuvieramos en los terminos en que hemos discurrido (consentimiento de dilatarnos) no pudiera el señor Marquès valerse del privilegio de esta Authentica, hallandose instituido, ò llamado, asi en el primero, como en el segundo testamento; pues solo compete quando totalmente se halla olvidado, y preterido en el segundo el hijo instituido en el primero, Gregor. Lop. *in dict. l. 8. tit. 1. part. 6. glos. 5. & in l. 22. eiusd. tit. glos. 2.* ibi: *Et adde, quòd si secundum testamentum esset inter liberos, hoc videtur sufficere, etiam absque speciali derogatione primi,* D. Covarrub. *de testam. 2. part. num. 19. in rubric.* Mench. *de succes. creat. §. 22. num. 27.* Iulio Claro *§. testamentum, quæst. 98. num. 2.* Thesaur. *qq. forens. lib. 4. quæst. 39. num. 10.* Pret. *de interpret. lib. 4. interp. 3. dub. 2. num. 3.* Menoch. *lib. 4. præsumpt. 166. num. 62.* Cancer. *variar. tom. 1. cap. 4. num. 9.*

1133 En cuyo caso no es dudable se deve estàr al segundo testamento, vt tenet Acacio *de priuileg. par. lib. 5. cap. 2. num. 16.* ibi: *Si autem posterius quoque testamentum inter liberos factum est, postremam voluntatem valere,* Surd. *cons. 330. num. 20.* Marta *de succes. leg. tom. 2. part. 4. art. 7. num. 27.* Achil. Pers. *de adquir. posses. tit. de petit. hæred. num. 577.*

1134 Esforçando mas estas futiles objecciones, se dize por el señor Marquès que el privilegio de la *Authent. hoc inter liberos* tiene lugar *fauore causa pia*, que la fundacion de mayorazgo cede à favor del bien publico, y que el bien publico es causa pia, y con este modo de silogizar sacan por consequencia, que, por que el señor Marquès està llamado en la fundacion del testamento del año de 1642. y substituido al Marquès de Mayrena, y su descendencia, le toca el privilegio personal de esta Authentica.

1135 Bien conocemos la falta de fundamento legal, con que se propone esta objeccion; pero sin embargo es precisso responder, aunque con brevedad, que lo que se dexa à los parientes ricos, *etiam pro anima, non dicitur pium,* D. Covarr. *in cap. relatum el primero, num. 12. de testament.* Tiraq. *de priuileg. pia causa, in præfat. fol. 10.* Mastrill. *decis. 132. tom. 1. num.*

num. 20. Veaſe, pues, como ſe dirà pio, *quòd ſapit gentilitium*, que es conſervar la memoria, y familia por la fundacion de mayorazgo, D. Molin. *de primog. lib. 2. cap. 1. num. 2.*

1136 Ya que hemos conſumido tanto tiempo (aunque involuntarios) en ſatisfacer tan incongruentes opoſiciones, permitaſenos formar vna idea, que juzgamos hà de ſer muy propia, y que ha de abraçar la fantaſia de la cauſa pia; para lo qual aſſentamos, que los Abogados del ſeñor Marquès no quieren vnir el poder, que el ſeñor Conde otorgò cō el teſtamento, què la ſeñora Condeſa hizo, como ſu heredera fiduciaria, y Comiſſaria; pero como para eſto no aya mas fundamento, que ſu voluntad, y quede fundado q̃ el poder, y el teſtamento q̃ haze el Comiſſario es vna miſma voluntad, y diſpoſicion, deven confeſſar, aunque no quieran, que demàs de eſta verdad juridica, el ſeñor Conde en el poder dize, que tiene comunicadas ſus coſas à la ſeñora Condeſa; y que la verdad, que produce eſta relacion, ſe califica con la depoſicion de ſeis teſtigos de viſta en el miſmo acto de otorgarſe (*quos ſuprà citauimus*) y que dicha ſeñora en el teſtamento que hizo como Comiſſaria, lo entra confeſſando, y à cada paſſo lo repite; y eſpecialmente en la clauſula, ibi: *Que deſpues de otorgado dicho teſtamento, y efectuado el caſamiento, mudò los llamamientos como ſe lo auia comunicado*; y tambien es preciſo confieſſen, que el ſeñor Conde por el teſtamento del año de 1645. hizo fundacion de mayorazgo para la conſervacion, y perpetuidad de ſu memoria, para el mayor luſtre, y propagacion de ſu familia, y en ſu conſequencia para la vtilidad de la cauſa publica.

1137 Y que en èl llamò en primer lugar à ſu hijo, y à todos ſus deſcendientes, y en ſegundo (como era ſu mas vivo deſeo que ſe perpetuaſſe ſu Caſa, y memoria en la cepa, y varonia de Guzman, como lo repite à cada paſſo en el teſtamento de 1642.) llamò a los poſſeedores de la Caſa de Toral, y Medina de las Torres (evitando la confuſion, y dilaciones de dicho teſtamento) y deſpues llamò à ſu primo el ſeñor Marquès de Leganès, y à ſus deſcendientes, *& poſt modum*, à los del ſeñor Don Luis, y los de las demàs ſus hermanas, y eſto es lo que hizo el ſeñor Conde-Duque en la diſpoſicion vltima del año de 1645. en que no puede aver la menor duda en hecho, ni en derecho.

1138 *Igitur*, ſiendo eſte el vltimo teſtamento del ſeñor Conde, y conteniendo fundacion de mayorazgo à favor de ſu familia, y de la Caſa, y Guzmania de Toral, aun quādo eſtuvieramos en los terminos de la *Authent. hoc inter liberos*, no hiziera falta la clauſula derogatoria legal, mayormente ſiendo doctrina indubitada, que no neceſsita de ella el teſtamēto en que eſtan inſtituidos tambien los hijos (como acabamos de probar) y no pudiera eſtimarſe la idea mal penſada de la cauſa pia, *quia maioratus ad conſeruationem familiæ verſatur circa bonum publicum*; quando ay fundacion de mayorazgo à favor de toda la familia del ſeñor Conde en eſte teſtamento ſegundo, y mucho mas adequada al fin del bien publico

que

que en el primero, por dos razones: la vna, porque aqui desde luego se conserva la familia aguaticia del señor Conde, que es la propia, y verdadera; y la otra, porque tambien desde luego, en el interin que se juntan los 80U. ducados de renta, han de gozar los posseedores de 12U. con que podran mas bien adelãtar esta causa publica en el servicio de los Reyes. Lo qual es mas indubitado, considerando, que el señor Conde suspendiò à los posseedores el goze de las rentas, hasta que se hiziessen los empleos, y reempleos, y mandò que solo gozassen quatro mil ducados de renta, *mem. num.* 82. ibi: *Solo gozen quatro mil ducados de renta hasta tanto que estèn situados los ciento y cincuenta mil ducados de renta*; y que la señora Condesa, como Comissaria, manda, que en dicho caso el posseedor de la Casa de Sanlucar goze doze mil ducados de renta, *mem. num.* 144. ibi: *La voluntad del señor Conde fue, que el posseedor de la Casa de Sanlucar tuuiesse vnos limitados alimentos, y que todo lo demàs se empleasse para aumento de la dicha Casa, y Mayorazgo de Sanlucar; y en execucion de la dicha voluntad ordena, que el posseedor, ò posseedora, siendo menor, hasta casarse, gozen la renta del mayorazgo de Mayrena, y despues de casados, se les dè del mayorazgo de Sanlucar doze mil ducados de renta.* Pues en estos terminos de recibir mas vtilidad el hijo de la disposicion del segundo testamento, ninguno de los AA. ha dudado que cessa la disposicion de la *Auth. hoc inter liberos.* D. Larrea *decis.* 57. *num.* 8. *in fine*, ibi: *Quòd sine dubio procedit, quando secundum testamentum fauorabilius est filijs, quam primum.* Bald. *in dict. Authent. hoc inter liberos, num.* 4. vbi Angel. Castr. & Salicet.

1139 Reconocemos que à los Abogados del señor Marquès no agradarà esta idea, porque en la suya estàn tan obstinados, que juzgan no ay en los autos mas que la institucion de heredera; y asi oponen, que los Abogados del señor Duque se implican en las defensas, pues en la tercera pregunta articulan, que el señor Conde tuvo animo de instituir por heredera à la señora Condesa, y que alli se despeñaron infelizmente los testigos, con que la substancia de esta segunda fundacion es de la señora Condesa; y en las dos circunstancias faltan à la verdad, porque en la tercera pregunta lo que articularon los Abogados del señor Duque, es, que desde que el señor Conde se retirò à Toro, confiriò con su muger la disposicion de su hazienda, y que la avia de dexar por heredera; para que executasse lo que la tenia comunicado, esto, porque los suyos estuviessen à la dependencia de su Excelencia; y si por dezir esto mismo los testigos se despeñaron, vease quan torpemente se despeña, quien asienta por ciertas estas dos proposiciones; y si lo que articularon los Abogados del señor Duque, y lo que dixeron sus testigos viene bien con lo que dize el señor Conde en su poder, y con lo que dize la señora Condesa en la execucion de su comision.

1140 Tambien se ha dicho, no es de estimacion ponderar, que no es transmisible el derecho de dezir de nulidad del testamento, porque ay dife-

ferencia en el de la *quarela inofficiosi*, y en el de la nulidad, que es del que se valen, siendo necessario, Noal.*decis. 11. & 12.* Cyriac.*tom. 2. controu. 262.* pero esta replica es igualmente insubstancial, pues es cierto que ay esta diferencia, y que en el caso de pretericion hablan los Autores, afirmando, que *ex potentia suitatis* no se transmite à los estraños *non praparata*; y esto procede mejor en la *quarela ad supplementum, imò* cessara la nulidad, dexando al hijo por titulo de herencia qualquiera cosa, como lo dize el mismo Cyriaco en la *controu. 262.* citada, *num. 35.* ibi: *Ad hoc, vt valeat testamentum, sufficit, si titulo honorabili institutionis, quid etiam minimum relinquatur, nam tunc habent tantum actionem pro supplemento legitima, & non possunt impugnare testamentum.* Pero vean, ya que se valen del remedio de la nulidad, siendo necessario, si Don Enrique tenia derecho de legitima, y si aunque la tuviera, y se le huviera dexado menos en este segundo testamento, pudiera intentar el remedio de nulidad; y vean *quid iuris*, respecto del señor Marquès, no aviendo intentado lo vno, ni lo otro.

1141 Hazese mas evidente la exclusion del privilegio de la *Auth. hoc inter liberos*, si se considera, cessa su efecto, y que no se necessita de especial derogacion, quando por congeturas se manifiesta, que el testador en el segundo testamento quiso rèvocar el primero, Menochio *lib. 4. prasumpt. 166. num. 34.* ibi: *Sicuti quando constat coniecturis, & prasumptionibus voluisse secundum testamentum valere, & primum esse sublatum, idem Bald. in leg. sancimus, C. de testam. Angel. cons. 365. comment. in leg. si quis, in princip. de legat. 3. Gemin. cons. 115. Capr. cons. 30. num. 4. Cornea cons. 174. num. 10. Craueta cons. 24. num. 10. Sarmiento lib. 5. Select. cap. 14. num. 7. D. Couarr. rubr. de testam. 2. part. num. 19. vers. Quarta conclusio, quos, & alios citat Menoch. ibidem, tenet Mastrill. decis. 132. num. 26. part. 2. Sforcia cons. 89. num. 67. Peregr. cons. 6. num. 28. vers. Tertiò, Scipio Robit. cons. 93. num. 11. vers. 1.* Gregor. Lopez *in l. 22. tit. 1. part. 6. gloss. 2.* ibi: *Tene tamen vnam generalem conclusionem, quòd ex quibuscumque coniecturis iudici constare possit, quòd testator voluit, secundum testamentum pravalere, quòd tolletur primum, etiamsi secundum esset simpliciter factum, non faciens mentionem magis expressam de clausula derogatoria in primo testamento expressa; hòc ideò, quia tota hac materia fundata est in prasumptione voluntatis testatoris.*

1142 Esta satisfaccion, ò limitacion nos assiste con evidencia, consideradas las circunstancias que resultan de la probança que el señor Duque hizo, donde deponen muchos testigos à la tercera pregunta, *mem. n. 1011.* el animo deliberado, que el señor Conde tuvo desde que se retirò à Toro de alterar el testamento primero, dexando por heredera à la señora Condesa, para que executasse su voluntad, como se la tenia comunicada, valiendose de esta providencia, para que, los que la avian de heredar, dependiessen de su Excelencia; y atendiendo à las que resultan de lo notado, en

que

que se comprueba el animo deliberado, y ardentissimo deseo, que manifestò el señor Conde desde las quatro de la mañana, de executar esta su vltima voluntad; y finalmente à la confession clara, y literal (por mas que se quiera deslumbrar con fantasias imaginarias) que hizo la señora Condesa sobre que el señor Conde la comunicò los llamamientos de su testamento, y los que avia mudado despues de averle otorgado, y efectuado el casamiento de su hijo.

1143 Tampoco tiene lugar la *Authent. hoc inter liberos*, quando sobreviene nueva causa para la alteracion del primero testamento, en cuyos terminos, si consta de ella, no se necessita de especial derogacion, tenet ex Baldo, Greg. Lop. *in dict. l. 8. tit. 1. part. 6. gloss.* 3. ibi: *Item nota, quòd si supervenit causa reuocandi primum testamentum, tunc non requiritur in revocatione clausula derogatoria*, idem Menoch. *lib. 4. præsumpt. 66. num.* 37. *&* 62. Mantica *de coniect. lib.* 12. *tit.* 8. *num.* 17. Cancer. *variar. cap.* 4. *num.* 17. *vbi citat D. Couarr. & alios.*

1144 La superveniencia de la nueva causa se halla en nuestro caso tan proporcionada al intento, que por mas que se quieran confundir los extremos, no se podrà confundir la armonia acorde que hazen el poder que el señor Conde otorgò, y lo obrado en virtud de èl por la señora Condesa con la substancia essencial, dibuxada en el testamento del año de 1642. y assentamos, que no fundamos la nueva causa en el retiro material que el señor Conde hizo à Toro para exclusion de lo que se ha dicho, sobre que no pudo ser causa este retiro, y que qualquier acto contrario se ha de tener por involuntario, y mas quando el testamento fue hecho con tanta deliberacion, y el poder con tantos defectos.

1145 Ni dezimos, ni nos passa por la imaginacion, que esta nueva causa que sobrevino para alterar algunos llamamientos, y circunstancias del dicho testamento, es exemplo parecido à los casos que los Autores consideran, de aver sobrevenido enemistad con el fundador, ò falta de herederos, ò otras semejantes; que si dixeramos esto, y que la novedad la causò el retiro material, fuera defensa mas que animosa.

1146 Pero afirmamos, que la señora Condesa, demàs de dezir en el exordio del testamento que hizo, como comissaria, y en cada especie de las disposiciones, que aquello era lo que su marido la avia comunicado en la clausula, *mem. num.* 133. expressamente confiessa, que el señor Conde por si solo en su testamento avia hecho mayorazgo del Estado de Sanlucar, y demàs sus bienes, con ciertos llamamientos; y que despues de averle otorgado, y casado su hijo, los mudò; y que su voluntad determinada fue, que se guardasse aquella fundacion, y que en ella sucediesse su hijo, y sus descendientes, y à falta de ellos, que sucediesse el señor Duque, y los descendientes de la Casa de Toral, despues la del señor Marquès, y demàs sus hermanas.

1147 Y la señora Condesa, instruìda, y comunicada por el señor

Con-

Conde, declara los motivos de la nueva causa, ibi: *Item fue la voluntad del señor Conde, que despues de los descendientes legitimos de Don Enrique, &c. sucediessen los posseedores de los mayorazgos fundados por el, como hijos adoptiuos suyos, en primero lugar, que sucediesse el posseedor de la Casa de Medina de las Torres, que èl fundò en Ramiro Nuñez de Guzman, Marquès de Toral, y sus hijos, y descendientes; porque siempre fue su voluntad, à falta de descendientes suyos, dexar su memoria, y Casa en la sangre, y Guzmania de Toral, y por esta causa à el dicho Ramiro Nuñez de Guzman le escogiò, y casò con su hija, y despues de su muerte fundò en èl la Casa de Medina de las Torres, tratandole, y teniendole siempre en lugar de hijo suyo, y hermano inmediato de los sucessores en la Casa de Sanlucar: por lo qual tambien dexò esta reciproca sucesion en la Casa de Medina de las Torres.*

1148 Y el señor Conde (cuya voz califica la verdad de las declaraciones de la señora Condesa en su testamento, como comissaria) en el papel referido *suprà num.* hablando con la Magestad del señor Rey Don Phelipe Quarto los explicò, y manifestò en las afectuosas, y cariñosas demonstraciones con que suplica a su Magestad favorezca al señor Duque (entonces Marquès de Eliche) ibi: *El Marquès se halla ajustadamente desnudo, y cargado de infinitas deudas, contraidas por las obligaciones en que Dios le ha puesto de hijo mio; considerome sin hijos, y que ya no puedo dexar mis mayorazgos à nadie que descienda de mi, con que en esta parte los mas parientes se hallan tan exos de mi, como los estraños. Considero tambien, que mi hija fuera mi heredera vniuersal, y que ella, si muriera mas de espacio, me pidiera para su marido quanto tuuiesse que dar à otro, pues todos se hallan en igualdad en la parte de sucederme; hallo que yo no la negàra à mi hija, sino que la auia de hazer en vida, y en muerte todos los gustos que pudiesse, &c. Pues yo siempre que èl no lo desmerezca à Dios, ni à V. M. le he de tratar como à mi hijo mayor, sucessores en la casa de mis padres seràn otros, y sin ningun desconsuelo mio; y suplico à V. M. le fauorezca. Don Diego es luego mi mayor amigo* (y assi es la graduacion) *el Marquès, y Don Diego estàn en mi coraçon, y este moço quedarà lustroso, &c.*

1149 De manera, que aqui el señor Conde, no solo *ab ordine litteræ*, sino con clara y expressa voluntad, en consideracion de que los mayorazgos no los puede dexar à sus descendientes, tiene (muerta su hija) al señor Duque en lugar de su hijo mayor, y primogenito. Y tambien confiessa virtualmente, que todo lo que tiene se lo quiere dexar, porque si muriera su hija mas de espacio, se lo pidiera, y èl en muerte, ò en vida no se lo pudiera negar. Y en quanto à las honras que espera de su Magestad, aunque dize, que luego el señor Marquès (entonces Don Diego Messia) es su mayor amigo, y que à ambos los tiene en su coraçon, pero primero al señor Duque, porque es su hijo primogenito.

1150 Para confirmacion de la continuacion de esta voluntad en el señor Conde, y que el aver reconocido por hijo à Don Enrique no la altera mas que darle à èl el grado de primogenito, y al señor Duque el de segundogenito, y que la señora Condesa, como Comissaria de su Excelencia, dixo la misma verdad en la clausula que dexamos citada, *scilicèt*, que siempre le tuvo en lugar de hijo suyo, y hermano immediato de los successores en la Casa de Sanlucar. Vease el testamento tan defendido del año de 1642. y se reconocerà vna identidad omnimoda en la graduacion de dicha voluntad, pues en la suplica à su Magestad, dize: *Suplico à su Magestad ampare esta Casa, particularmente la persona de Doña Inès de Zuñiga, y que se sirua de honrar, y hazer merced à Don Enrique de Guzman mi hijo, y al Duque de Medina de las Torres mi yerno, y hijo.* Y mediando otros, añade: *Y al Marquès de Leganès mi primo, por la buena compañia que me ha hecho, à quien tengo en lugar de hijo*; y en el repartimiento de los oficios gradùa *à Don Enrique primero, luego al señor Duque, y despues al señor Marquès*; y en la estimacion de las Casas por primogenita à la de Sanlucar, que fundò en su hijo; por hermana immediata la de Medina de las Torres, que fundò en el señor Duque, y despues la de Belilla, y Vaciamadrid, que fundò en el señor Marques.

1151 Y reparese en toda la contextura de dicho testamento, y se hallarà mucho mas enixa esta voluntad, aunque dibuxada con alguna confusion, pues acabada toda la descendencia de varones del señor Conde legitima, y no legitima, y de prevenir los casamientos de las hembras, descendientes suyas en las dos Casas de Sanlucar, y Mayrena, lo primero que se le ofrece es: *Y si por falta de varones descendientes mios no se pudiere executar dicho matrimonio, porque mi voluntad es que mi Casa de Sanlucar se junte con la de Medina de las Torres, que yo fundè, y con la de Toral, y estas se conseruen vnidas en mi varonia de Guzman, &c.* Y en verdad que en este passo, ni à mucha distancia se acuerda de la Casa de Belilla, y Vaciamadrid, que fundò en su primo; antes prosigue ordenando los casamientos en estas Casas de Sanlucar, y Medina de las Torres, y Toral, porque su deseo es que se vnan mucho antes de la contemplacion del señor Marquès, y su descendencia.

1152 Y finalmente antes de llegar à esta contemplacion, y memoria entran vnas dilaciones de siglos en las suspensiones, y vacantes, todo à fin de que la varonia de Toral, y Medina de las Torres, se introduzga à la possession de su Casa de Sanlucar, que solo el ardentissimo amor de esta vnion pudo ocasionar estas ideas; y esta es la voluntad del señor Conde en el testamento de 1642.

1153 Pero si se quiere ver continuada con mas extremo despues en el retiro de Toro, y hasta el año de 1645. en que muriò el señor Conde, vease lo que dize Don Alonso Gomez de Mella, Governador de la Cavalleria de la Frontera de la Puebla de San Cebrian, el qual refiere, que en el

año

año de 1644. estando el señor Conde en Toro, sintiò mucho que el Marquès de Mayrena su hijo huviesse intentado quitar vnas cartas que el señor Duque embiava a la señora Cōdesa; y dandole el testigo al señor Conde vn recado del Padre Guevara sobre que el señor Duque no avia obrado como amigo de su Excelencia en Zaragoça, estando presente dicho Marquès de Mayrena, respondiò dicho señor Conde con vna voz muy grande, *mem. num.* 1014. ibi: *Què quieren que no sea mi amigo mi hijo el Duque de Medina? Pues engañanse, que es mi amigo, y lo ha de ser, y ha de tener de mi todo quanto yo pudiere dexar, y assi lo tengan entendido todos*; y *despues el dicho Marquès casi llorando le dixo al testigo: Què le parece à V. m. la ceniça que ha dado mi padre en ponerme: para mi no me basta esta llaue, y quatro mil ducados de renta? Dexe todo lo que quisiere al Duque de las Torres, y no me lo diga delante de tantos.*

1154 Y Don Diego de Llamazares dize, que en diferentes ocasiones oyò comunicar al señor Conde con la señora Condesa, que despues de sus hijos avia de entrar à la succession de su Casa el señor Duque, y que la vltima vez fue quando le vino la nueva que avia muerto la niña, que avia parido la señora Marquesa de Mayrena; y otros muchos testigos deponen el amor grande que el señor Conde tenia al señor Duque, y que le tenia en lugar de hijo, *à la pregunta* 23.

1155 De suerte que no puede dudarse, que nuestros discursos se ajustan al hecho de la verdad, que consta de los autos, supuesto q̄ el testamento de la señora Condesa, como Comissaria, es testamento del señor Conde, y su vltima voluntad, y que en èl no dexa los bienes libres, ni olvida su memoria, posteridad, y deudos; antes si funda mayorazgo perpetuo de todos ellos, y llama à sus hijos, y deudos, perpetua su memoria con el nombre propio, apellido, y Armas; y tambien hemos ajustado el centro à que miran, que fue alterar el señor Conde, no la voluntad antecedente dibujada en todos los passos, desde que muriò su hija, hasta el fallecimiento de su Excelencia (y bien patente en el testamento del año de 1642.) sino quitar la confusion, y evitar las prolixas ideas de vacantes, y suspensiones, y vnir desde luego que faltasse succession, la Casa de Toral, y Medina de las Torres à su Casa de Sanlucar; y quando no huviera mas novedad que mudar *in melius* aquel deseo tan enixo que muestra en dicho testamento de 1642. de que su Casa no decayesse de la varonia de Guzman, era suficiente, *siquidem*, aunque aquellas ideas de fundaciones, y poblaciones, esquadras, montes de piedad, &c. *Pro tunc* quando hizo dicho testamento, y durando aquella fortuna, pudiera tener alguna probabilidad, aviendo cessado; y abriendo los ojos al conocimiento prudente, se reconociò que todas eran fantasias impracticables, Luca *de testam. discurs.* 47. *num.* 14. ibi: *Istas igitur dubietates iam prauisas per testatricē, vt clarè cōprobabant eius supervinentia per maius spatium, quam illud haredi prafinitum, dum supponebatur, eam supervixisse per quinquenium, ac etiam sapientissima con-*

consilia eiusdem Ducissæ, vt eius litteræ ostendebant, ita declarandas, atque interpretandas, vel dirimendas comittere voluit eidem, vtpotè eius voluntatis benè consciæ, idque ad euidentiam optimè comproba ri obseruabant ex immediata subsecuta declaratione facta ab eadem Ducissa, in qua ad amussim aliud non fit, nisi remouere hanc innanem dilationem, ac necessitatem adhibendi dictas diligentias ob maximas difficultates, magnamque bonorum quantitatem, quæ necessaria erat in huiusmodi erectionibus.

1156 Y assi dezimos bien, que si por possible dieramos que à dicho señor Marquès le tocava el privilegio de la *Authent. hoc inter liberos*, avia sobrada causa para la alteracion, sin que necessitassemos que fuesse la de muerte de herederos, odio, ò enemistad con el testador, porque lo que dizen Gregorio Lopez, y los demàs que le siguen en esta limitacion, solo es, *si superuenit causa reuocandi*; y los exemplos no coartan lo vniversal de la regla, *l. damni infecti, l. stipulatio, ff. de damno inf. cum vulgat.* como en los mismos de esta limitacion à la Authentica lo dixo Peregr. *consil. 8. num. 28.* ibi: *Exempla siquidem non restringunt, & proindè sufficiunt quæcumque coniectura.*

1157 Tiene otra limitacion la *Authent. hoc inter liberos*, y es, que la especial derogacion, que induce su privilegio à favor de los hijos, es tacita *inducta à lege*; y assi basta otra qualquiera tacita posterior para derogarla, Bart. *in l. si quis, in princip. de legat. 3. num. 2.* Abbas *consil. 41. num. 2.* Socino *consil. 124. num. 21.* D. Covarr. *in rubr. num. 19. vers. 18.* Mantic. *hos citans de coniect. vltim. volunt. lib. 12. tit. 8. num. 14.* Petr. Pech. *de testib. coniug. lib. 1. cap. 4. num. 5.* Marta *de success. leg. tom. 2. part. 4. art. 7. n. 28.* Sforcia *consil. 89. num. 65. & 115.*

1158 Lo qual se comprueba de la clausula, que tiene el mismo poder, *mem. num. 106.* ibi: *Y reuoco, y anulo qualesquier testamentos, mandas, ò codicilos, que aya hecho por escrito, ò palabra, &c. porque no quiero que valgan en juizio, ò fuera de èl, excepto lo aqui mencionado; y el testamento que en virtud de este poder se hiziere, que quiero que valga por mi vltima, y postrimera voluntad, ò por aquella que mejor aya lugar en derecho*; y no se pueda dudar que qualquiera de las generalidades que contiene esta clausula sea bastante para derogar la tacita derogatoria legal, *siquidem*, lo son para derogar la de voluntad, como en la de *Es mi vltima, y postrimera voluntad*, lo resuelven Bald. *consil. 22. num. 1. lib. 1.* Decio *consil. 475. num. 12.* Riminald. Iunior *consil. 278. num. 25. lib. 3.* Sforcia *consil. 89. num. 19.* y en la de *Por el modo que mas aya lugar en derecho*, Menoch. *lib. 4. præsumpt. 166. num. 48.* Mantica *dict. lib. 12. tit. 8. num. 19.* Sforcia *dict. consil. 89. num. 19.* y aunque algunos (*quos citat* Ciriaco *contr. 36.*) llevan lo contrario en la expressa de voluntad, en la tacita, en cuyos terminos estamos, no ay controversia.

1159 *Imò*, quando no ay mas de vn testamento anterior, aunque en èl aya la revocatoria expressa de voluntad, que baste la general del vltimo

mo *ex eo*, que no ay otro en que se verifique: es doctrina de Bartul. à quien refiere Mantica *dict. tit. 8. num. 8.* ibi: *Cæterum Bart. supradictam sententiam restringit, vt generalis reuocatio non sufficiat, quando plura testamenta facta sunt, sed si illud solum testamentum factum sit, in quo continetur clausula derogatoria posterioris volũtatis sufficiat, quia genus, quòd non potest referri, nisi ad vnam speciem, vel indiuiduum de illa, necessarium est intelligendum*; idem tenet Tiraquel. *de leg. coniug. glos. 5. num. 127.* Bald. *in dict. Authent. hoc inter liberos, num. 3.* Angel. *cons. 367. num. 5.* Roman. *cons. 85.* Aretin. *l. 2. ff. de liber. & posthum.* Ias. *in dict. l. 2. num. 12.* Ioan. Cioto *in l. qui Romæ, §. duos fratres, ff. de verb. oblig. num. 61.* quos citat Mantica *ibidem.*

1160 Y si la doctrina de Bartulo, à quien siguen los arriba citados ha lugar en la derogatoria de voluntad expressa, corre sin controversia en la tacita legal, en cuyos terminos no la ay de que otra tacita posterior la revoque (*vt manet probatum.*)

1161 Sin que obste lo que se ha opuesto sobre que la clausula referida del poder, la puso Benavides sin noticia del señor Conde, y que aunque se pusiesse de su orden, ni su Excelencia, ni ninguno de los circunstantes se acordavan, ni tenian noticia del testamento del año de 42.

1162 Porque en quanto à lo primero se responde, que las clausulas siempre se presumen puestas de orden de los otorgantes, y quien dize lo contrario lo ha de probar, vt tenet Bald. *in l. homo, Cod. de testament.* Menoch. *lib. 2. præsumpt. 79. num. 2. & cons. 37. num. 130.* Mascard. *conclus. 1104.* y con mayor razon corre esta presumpcion quando las clausulas son del estilo ordinario, D. Covarr. *rubr. de testam. 2 part. num. 14.* Farin. *cons. 97. num. 20.* Lara *in compend. vitæ homin. cap. 19. à n. 28.* Merlin. *controu. tom. 1. cap 35. num 3.* Noguer. *alleg. it. 2. num. 67.*

1163 Y que sea de estilo esta clausula en los poderes para testar, *patet* de la formula que ponen los Practicos Escriturarios, *scilicèt*, Monterroso *tract. 7. fol. 128.* Ribera *part. 1. fol. 13.* Villarroel *comun de Escriuanos, fol. 19.* Arguell. *tract. de script. fol. 318.* quos refert Carpio *de executorib. testam. lib. 4. cap. 4.*

1164 Lo segundo, porque aviendo leido el Escrivano al señor Conde todo el poder à la letra, inserta esta clausula, y preguntandole si lo otorgava assi, respondiò: *Assi lo otorgo*; y assi no puede aver la menor controversia, porque este es el verdadero otorgamiento, *l. fidei commissa, de legat. 3.* vbi DD. Ant. Gom. *in l. 3. Tauri, n. 107.* D. Covarr. *in cap. relatum 1. de testam. num. 11.* Castill. *tom. 4. cap. 21. à num. 87. cum multis*; por cuyo fundamento dize muy bien Altogrado *cons. 5. num. 228.* que aviendose leido de esta manera, no importa que algunas clausulas no estèn puestas de orden del testador, ibi: *Valet hodie testamentum, licèt non omnia ibi scripta à testatore dictata fuerint, maximè attenta publicatione testamenti à Notario facta, & subsecuta testatoris approbatione, conducit* Mantica *de*

con-

*coniect. lib.*3.*tit.*14. Mascard. *conclus.*300.*num.*23.Fachineus *tom.*5.*controuers.cap.*69.Thovi Non. *cons.*65.*num.*23.

1165 Pero aunque todas estas questiones fueran del caso, sobrava la presumpcion juridica, publicacion, y otorgamiento, quando tenemos probança positiva de que dicha clausula se puso de orden del señor Conde, pues Doña Geronima de Mendoça, Isabel Delgado, y Doña Catalina de Olivares, *mem. ex num.*1317. todas tres contestan, que quando Benavides explorò al señor Conde su voluntad, le dixo, que queria instituir por heredera à la señora Condesa, y darla poder para testar, y que no queria que valiesse otro testamento, sino el que la señora Condesa hiziesse, y el no aver depuesto esta circunstancia otros testigos, fue por no averse articulado, como cosa impertinente à todas luzes, siendo indubitable que no ay contradicion en que vno diga vna circunstancia que otro omite, *cap. cùm tu, de testibus*, ibi: *Quia vtrumque esse potest*, Mascard. *conclus.*1367.*num.*6. ibi: *Testes non dicuntur contrarij, si vnus deponat plus, alter verò minus*, Altograd. *cons.*50. *num.*169. ibi: *Aliqui minus in facto, aliqui plus deponunt, quòd non reddit testes contrarios, sed omninò probant*, Lancelot. Galen. *cons.*125.*num.*20. & 21. Ossasc. *decis.*99.*num.*18. Farinac. *cum pluribus, quæst.*65.*num.*11.

1166 Y aunque contra estos testigos se dize no merecen credito; porque afirman, que el señor Conde desde que cayò malo no estuvo incapaz vn instante; y porque deponen *vltrà interrogata*, se responde, es incierto, porque Doña Geronima, Isabel Degaldo, y Doña Catalina solo afirman la capacidad en el acto del poder, y mañana del Miercoles, y todas confiessan la suspension en el tiempo antecedente, y que rezava Psalmos; con que si hizieron juizio de que no por esso le faltaria à su Excelencia, serà bueno para notarles de malos Medicos, ò de mal juizio, no de temerarios, pues dizen puntualmente la verdad de lo que vieron.

1167 Y en quanto à que no merecen credito, porque depusieron *vltrà interrogata*, tambien es voluntario, porque el articulo à que responden, es, donde se articula, que vino Benavides, y que examinò al señor Cõde su voluntad, y que ante èl otorgò poder para testar, instituyendo à la señora Condesa por heredera, y que al dicho tiempo estava el señor Conde en su sano juizio; y assi dize Farinac. *de opposit. contra testes, quæst.*71. *n.*1. (que trae à Bartulo, Mascardo, y otros) que no es defecto, *respondere vltrà interrogata*, quando lo que añade el testigo es *de connexis, dependentibus, & accessorijs*; y en el *num.*22. ibi: *Quando aliquo modò contingat capitulum, etiam, quòd parum contingat, quando confert ad declarationem eorum, quæ in articulo continentur*: con lo qual todas estas circunstancias cõcurren à favor de estos tres testigos, para hazer despreciable el defecto que se les opone; pues el revocar el testamento anterior, es conexo al poder, porque contiene lo mismo que dizen los testigos; es dependiente, porque es circunstancia que la oyeron los testigos en el examen de la voluntad;

con-

confert ad declarationem, porque es otra razon mas para la sana mente.

1168 A la segunda proposicion, *scilicèt*, que aunque se pusiesse esta clausula de orden del señor Conde, ni su Excelencia, ni nadie se acordaron, ni tenian noticia del testamento del año de 1642. Respondemos, que para ello no ay en los autos mas que el quererlo dezir, *siquidem* el vnico que fingiò este olvido en el señor Conde, que fue el Padre Ripalda, no lo supone en el acto del poder, sino en conferencia que dize tuvo à solas con su Excelencia aquella mañana; y deponiendo solo de este olvido, no merece estimacion alguna, *leg.iuris iurandi*,9. §.1. *C.de testibus*, ibi: *Et nunc manifestè sancimus, vt vnius omninò testis responsio non audiatur, etiã si praclara Curia honore prafulgeat*; y que los demas circunstantes no tuviessen noticia de dicho testamento, sobre no aver en los autos la menor insinuacion, no viene al caso mas que para reiterar la malicia que en si contiene esta suposicion.

1169 En fin toda esta armonia, y dilatados discursos (para aplicar al señor Marquès el privilegio de la *Authent.hoc inter liberos ex eo*, que en el mayorazgo del testamento del año de 1642. fue primero llamado el Marquès de Mayrena, dando por possible, que aviendo este, y su hijo aprobado el segundo del año de 1645. en que tambien fue primero llamado, pudiera valerse dèl el señor Marquès) tiene mayor incongruencia, que las corona à todas, que es faltar el supuesto del hecho, que motivò esta oposicion.

1170 Y que falte, es evidente, pues la *Auth hoc inter liberos*, y ley de Partida concordante, solo conceden el privilegio de la tacita derogatoria à los hijos legitimos por razon de la suidad, y el Marquès de Mayrena ya se sabe que no fue hijo legitimo del señor Conde, ni aun natural, y que por ser esto cierto, no le competia este privilegio, vt tenet Iul.Clar.§.*testamentum, quast*.12.*num*.1. Thesaur.*decis*.94. Boër.*decis*.240.*n*.13. Fachin. *controu.iur.lib*.4.*cap*.3. Peregr.*cons*.6.*vers*.3.*num*.25. Merlin.*de legitim. lib*.1.*tit*.2.*quast*.5.*num*.59.& 60. Acacio *de priuileg. cap*.1.*num*.9.

1171 Y aunque es verdad que el dicho Marquès fue legitimado por rescripto de su Magestad, y que por derecho comun los naturales legitimados, se reputavan como legitimos, y tenian derecho de suidad, y eran herederos necessarios, como los legitimos, *Auth.quibus mod natur.eff sui, l*.9.*tit*.15.*part*.4. ibi: *Y si los huuiere, heredaràn su parte como los otros hijos legitimos que huuieren de muger legitima*, y se subrogavan en todos los demàs derechos de suidad, y podian intentar la *quarela inofficiosi, vt probant DD.quos copiosè cumulat Castillo tom*.4.*cap*.22.*num*.40. si estuvieramos en terminos de derecho comun, y el Marquès de Mayrena fuera hijo natural, y la legitimacion fuera en forma especial *circa successionem patris* (que todo esto indispensablemẽte avia de concurrir) es cierto, y le confessaramos, que igualmente le tocara el privilegio de la *Auth.hoc inter liberos*.

1172 *At verò*, como por nuestro nuevo derecho del Reyno, y *ley*

12.*de Toro*, està dispuesto, que ningun natural legitimado pueda suceder, aviendo legitimos, sino es en el quinto. De esto nace, que oy (atendida su disposicion) ningun natural legitimado, aviendo hijos legitimos, podrà suceder, sino es en el quinto, y no aviendolos, en lo que su padre de voluntad libre le quisiere dexar; assi lo resuelven comunmente los Regnicolas, *scilicèt*, D. Covarr. *pract. cap.* 8. *num.* 8. *vers. In Hispania*, Greg. Lop. Tello Fernandez *dict. l.* 12. *num.* 20. & 26. Matienço *dict. leg. gloss.* 1. *num.* 6. Accevedo *ibidem*, D. Molin. *de primog. lib.* 2. *cap.* 11. *num.* 22. Cevallos *quæst.* 2. *num.* 24. Castillo *dict. cap.* 22. *num.* 158. & 159. donde afirma, que en España jamàs se despachan legitimaciones de naturales (aunque no aya legitimos) para que sean herederos necessarios, y puedan contra tabular, ni los padres las piden, sino solo para hazerlos capaces, como si fueran legitimos, para todo aquello que les quisieren dexar.

1173 Y en la legitimacion que el señor Conde obtuvo, observò puntualmente esta precaucion; porque si bien en quanto à la persona, y sugeto passivo de Don Enrique es amplissima, y lo mismo para las sucessiones *in genere* (aunque fuessen de mayorazgo, y Dignidades) pero en ninguna manera con precision para que su Excelencia tuviesse obligacion à dexarle su herencia, como si fuera legitimo, *vt constat* de la clausula, *memor. num.* 52. ibi: *Y es mi voluntad de habilitarle, y capacitarle para la sucession de qualesquier bienes, mayorazgos, oficios, &c. para que son capaces los legitimos*; y no dize su Magestad, que el señor Conde tenga obligacion à instituirle en ellos: y sobre ser esto verdad indisputable, el señor Conde declara esta mente, quando en virtud de esta dispensacion funda en su hijo el mayorazgo de Mayrena, pues afirma, que puede disponer libremente de sus bienes, y que en esto no puede aver duda alguna; *vnde*, aunque dicho Marquès se hallara natural, y el señor Conde le exheredara, no pudiera intentar la *quærela inofficiosi, vt ex mente omnium*, lo resuelve Castillo *dict. cap.* 22. *num.* 159. ibi: *Quoniam ex vulgata clausula in his Regnis vsitata satis intentio patris deducitur, atque declaratur, vt nihil præter, vel contra voluntatem patris legitimati filij consequantur præter id, quòd relictum fuerit à parentibus, vel à iure concessum*; pues vease què aprecio podrà merecer la aplicacion de la *Auth. hoc inter liberos*, quando Don Enrique no tenia derecho de legitima, y què estimacion merecen tantas oposiciones como se hazen, para que su privilegio transcienda al señor Marquès.

1174 *Caterùm*, no siendo Don Enrique legitimo, ni natural, es mas inaplicable el privilegio de la clausula derogatoria, quando en estos terminos (aunque nos hallaramos en los de Derecho comun, y la restitucion à los natales fuesse en amplissima forma) se avia de tener por dispensacion, segun la qual no ay possibilidad de suceder *præter voluntatem patris*, vt ex Castrensi, Barbat. Curt. Seniori, Decio, Socino, Laurent. Sylvano, Gazadino, Groto, & Parisio, tenet Tello Fernandez *dict. l.* 12. *Tauri, num.* 24.

Me-

Menoch.*conſ.*842. Oſaſco *deciſ.*819. *& alios multos citat* Caſtillo *dict. cap.*22.*num.*160.

1175 Fuera de que aqui no ſe neceſsita de la doctrina de eſtos Autores, que dizen, que ſiendo los hijos de eſta calidad, ſiempre ſe ha de tener por diſpenſacion, porque el miſmo privilegio, y habilitacion lo expreſſa, *vt conſtat*, ibi: *Y es mi voluntad de habilitarle, y capacitarle, como ſi fuera legitimo*, que ſon las miſmas palabras, que ponen los Autores por exemplo, quando ſe dirà diſpenſacion, y no legitimacion, *vt ex* Ruino, *& aliis, tenet* Caſtillo *dict.cap.*22. *num.*149. ibi: *Secus autem, quando Princeps vſus fuerit verbo, diſpenſamus, aut habilitamus.*

1176 *Et hucuſque* de las conſequencias, y propiedades, que tiene la idea de la clauſula derogatoria, que ponderan los Abogados del ſeñor Marquès, y ſiendo de la ninguna eſtimacion que ſe reconoce, es preciſo que admiremos la confiança en que ſe contemplan; pero aunque no mueſtran flaqueza en lo diſcurrido, parece que en el hecho la cantan, pues recurren à dezir, que la confiança la tienen en la nulidad del poder de Toro, que dexamos convencida de incierta por las conſideraciones, y fundamentos propueſtos.

1177 En fin nos afirmamos en que todas eſtas propoſiciones nacen de ciega confiança; y confeſſamos, que quanto hemos diſcurrido en las nulidades, y vicios del poder, y notoria incapacidad que oponen del ſeñor Conde, ha ſido demàs, porque à la verdad es ſuperabundante para la pretenſion de los ſeñores Duques, conſiderado con la reflexion que merece lo que en ſi produce el miſmo poder, lo executado en virtud de èl, y ſu obſervancia, y la probança que nos ha dado el miſmo ſeñor Marquès; pero como ha entretexido eſtas ideas la ſutileza de ſus Abogados, para aſſombrar, ò confundir la verdad del hecho, y del derecho, ha ſido preciſo à los del ſeñor Duque aſsirſe de ellas, para quitar la ſombra, ò confuſion, que podian ocaſionar.

1178 Tambien ſe ha opueſto, què las fundaciones de mayorazgo del teſtamento del año de 1642. no quedaron revocadas por el poder, y teſtamento de 1645. y que eſta propoſicion procede indubitable en quãto al mayorazgo de Mayrena, por eſtar fundado por contrato irrevocable en las capitulaciones matrimoniales para el caſamiento de Don Enrique con la ſeñora Doña Juana de Velaſco.

1179 Aſſentamos por ſegura propoſicion, que los mayorazgos que ſe fundan en teſtamento, ſe juzgan, y viſten de la calidad revocable del teſtamento, D.Molin. à quien ſiguen los Autores, *lib.*1. *cap.*12. *num.*2. ibi: *Quando maioratus in teſtamento inſtituitur, dicendum erit, maioratum ipſum, tanquam teſtamentum cenſendum eſſe*; y aſsi de neceſsidad, ſi eſte ſe revoca por el poſterior *ipſo iure*, queda tambien revocado lo contenido en èl, *leg. ſi iure*, 18. *de legat.*3. en que no ſe puede poner duda, por ſer doctrina ſin contradictor, Surdo *conſ.*350. *n.*9. ibi: *Per ſecundum teſtamen-*

mentum non solum institutio, sed etiam legata, & fideicommissa tolluntur; Suar. *in leg. quoniam in prioribus in declaratione, leg. Regni, quæst.* 8. *n.* 12. Fontanella *decis.* 51. *num.* 1. Mantica *de coniect. lib.* 12. *tit.* 1. *num.* 36. ibi: *Reuocato primo testamento, omnia quacunque in eo scripta sunt, intelliguntur reuocata;* Menoch. *lib.* 4. *præsumpt.* 176. *num.* 5. *& cons.* 1020. *à num.* 23. Simon de Prætis *lib.* 4. *de interpret. vltim. volunt. interpr.* 3. *dub.* 2. *n.* 39. Fusar. *de substitut. quæst.* 451. *n.* 2. Alvaro Valasco *consult.* 61. *n.* 7.

1180 *Aliud verò est*, quando el mayorazgo se funda por contrato, pues en estos terminos es comun conclusion, que no se presume revocado por la institucion de heredero vniversal, *argum. leg. sequens, quæstio* 68. *de legat.* 2. tenent Castillo *tom.* 1. *cap.* 39. *num.* 37. Giurba *obseru.* 43. *num.* 9. Cefalo *cons.* 73. Surdo *decis.* 38. Natta *cons.* 183. Roland. *cons.* 91. Mantica *lib.* 12. *tit.* 11. *n.* 10. Natta *cons.* 123. Decian. *resp.* 3. *num.* 10. *lib.* 1. Pancir. *cons.* 59. *num.* 102. *lib.* 1. Monach. *decis.* 71. excepto en el caso, que la institucion de heredero no se pueda verificar, sino es en los bienes de la fundacion de mayorazgo, porque *tunc* queda revocada, *vt probat* Castillo *de vsufruct. ex Peralta, & alijs, cap.* 39. *à num.* 25. *& num.* 37.

1181 Fundado, pues, que por el poder, y testamento del año de 1645. quedaron revocadas las fundaciones de mayorazgo del testamento del de 1642. passamos à responder à la proposicion antecedente, que dizen los Abogados no admite solucion, para lo qual repetimos la clausula de las capitulaciones, y fundacion del mayorazgo de Mayrena, ibi: *Item declaro, que por la fundacion de dicho mayorazgo no se ha de adquirir ningun derecho, ò otro tercero, saluo à la señora Doña Iuana de Velasco, y descendientes de este matrimonio; y en qualquier caso que falten, ò por no tenerlos, ò por morir los que tuuieren, porque en este, y en los demàs casos los bienes del dicho mayorazgo han de quedar libres, y à la disposicion del dicho señor Conde, para que en ellos suceda la persona que señalare, ò pueda disponer de ellos como le pareciere; y caso que no disponga, desde luego quedan incorporados en su Casa de Sanlucar, con las condiciones, y grauamenes de ella.*

1182 De que se convence, que el señor Marquès no puede fundar su llamamiento en el testamento de 1642. por estar revocado por el poder, y testamento de 1645. ni en la fundacion de mayorazgo de la escritura de capitulaciones, por aver sido limitada à los hijos, y descendientes del Marquès de Mayrena Don Enrique Phelipez de Guzman.

1183 Y para mayor claridad, y comprobacion de este discurso, y afiançar la vnion del Marquesado de Mayrena al Estado de Sanlucar, conforme la fundacion que la señora Condesa hizo, como heredera, y Comissaria, propondrèmos las consideraciones que excluyen absolutamente la oposicion referida, confessando, que respecto de Don Enrique, y la señora Doña Iuana de Velasco, y su descendencia, quedò la fundacion del Estado de Mayrena irrevocable, *ex l.* 17. *&* 44. *Tauri.*

1184 La primera, y que no puede negarse, es, que à falta de hijos de

di-

dicho matrimonio los bienes quedaron libres, y à la disposicion del señor Conde, porque assi esta prevenido literalmente, y la observancia de este pacto, y su cumplimiento es indispensable, y preciso; y quando no lo estuviera, es opinion segura, que por juzgarse la causa final de la fundacion, los hijos del matrimonio, faltando estos, quedan libres los bienes, *vt firmet* D. Larrea *decis*. 33. y aunque en estas capitulaciones el señor Conde huviera dado llamamiẽto à los transversales, ò otros terceros, es opinion probable que le pudiera revocar, Mieres *de maiorat. part. 1. quæst. 24. num.* 244. ibi: *Quòd licèt maioratus non possit reuocari respectu primi, quoad alios tamen est reuocabilis, tanquam cessante causa onerosa matrimonij, ob quam maioratus fuit constitutus*, à quien siguen Add. ad D. Molin. *lib. 4. cap. 2. num. 73. vers. In qua materia*, Castillo *tom. 6. cap. 119.* D. Larrea *dict. decis. 33. num. 67.*

1185 Luego si es cierto que el señor Conde en las capitulaciones, y fundacion previene, que en falta de hijos de dicho matrimonio, los bienes del mayorazgo han de quedar libres, y à su disposicion, quien puede dudar que este derecho passò a la señora Condesa por la institucion de heredera fiduciaria? Pues es principio indisputable que en la herencia vniversal se comprehenden todos los derechos, y acciones del testador, *l. hæreditas, de regul. iur. l. nihil, ff. de verb. signif.* Y en nuestro caso con mayor especialidad està claro este concepto por la clausula de la institucion, ibi: *En todos mis bienes muebles, y raizes, derechos, y acciones que me toquen por qualquiera causa, y razon*, Menoch. *cons. 210. num. 32.* ibi: *Hæc verba*, en todos los bienes, derechos, y acciones à dicho señor testador pertenecientes, *comprehendunt etiam summam duorum millum ducatorum reseruatam, cum sint ex iuribus expectantibus Add. D. testatorem, nam appellatione iuris venit, & facultas aliquid agendi, & disponendi, l qui in potestate, l filius familias, ff. de testam. l. apud Iulianum, §. si quis alicui, de legat. 1.* Iul. Capon. *tom. 2. discept. 76. num. 17.*

1186 A que no obsta que este derecho estè *in pendenti*, y sea condicional; pues sin embargo passa integro al heredero, *l. cum quidam. 24. de legat. 2.* ibi: *Planè si cæteri defuncti sunt, superstiti dandum, vel hæredi eius, l. fin. Cod. de legat.* ibi: *Post completum, videlicèt, tempus ad hæredem eisdem legatis, vel fideicommissis remanentibus.*

1187 La segunda, que esto procede con mayor razon quando el derecho se reserva en contrato, *l. si pactum, ff. de probat.* ibi: *Plerumque tam hæredibus nostris, quam nobis metipsis cauemus, §. ex conditionali, inst. de verb. obligat.* ibi: *Ex conditionali stipulatione tantum spes est debitum iri eamque ipsam spem in hæredem transmitimus si prius, quam conditio extet, mors nobis contigerit, l. 7. tit. 4. part. 5.* ibi: *Que si por auentura el que fizo la donacion no señalò en quien fincasse, de aquel dia en adelante dezimos, que la deuen auer los que heredan los otros bienes de aquel que fizo la donacion*, Tiraquel. *de retractu, glos. 6. §. 1. in princip.* Ial. *in l. 2. §. ex facto,*

ff.*de verb.obligat.* Dueñas *reg.* 178. Cagn.*in l.2. Cod. de pact. inter empt.* *num.*7. Gail. *obseru.*2.*num.* 10. Peregrin.*de fideicomm.art.*16.*num.* 125. D.Solorçan. *tom.*2.*de iure Indiar. lib.*2.*cap.* 11. *ex num.*41. Barbos. *in l. Gaius, ff. solut.matrim.num.* 16. Fontanel.*de pact.nupt. claus.*4.*glos.*24. *num.*22.Cancer.*tom.* 3.*variar.cap.* 21.*à num.*95.

1188 Y aviendo pactado el señor Conde en el contrato de las capitulaciones, y fundacion de mayorazgo, que en virtud de ellas se hizo, que por ella no se avia de adquirir derecho à ningun tercero, sino que muriendo sin hijos el dicho Don Enrique, ò teniendolos, muriendo estos sin ellos, los bienes avian de quedar libres, y à su disposicion, no se puede negar que este mismo derecho, y el de poder disponer de ellos se transfiriò à la señora Condesa por la institucion de heredera vniversal, y mas siendo tan amplia, y generalissima, ibi: *Todos mis derechos, y acciones que por qualquier causa me competan*; como ni tampoco que dicha señora, como heredera, y Comissaria pudo disponer en el testamento de 1645. que los bienes de este mayorazgo se agregassen al de Sanlucar, y que acabada la succession de aquel matrimonio, sucediessen los llamados en el de Sanlucar.

1189 La tercera se deriva de otra clausula de las capitulaciones, ibi: *Han de quedar libres, y à disposicion del dicho señor Conde, para que en ellos suceda la persona, ò personas que su Excelencia señalare*; pues este derecho de nombrar substitutos para la succession de dichos bienes que por este contrato se reservò en sì el señor Conde, es indubitable que passò à la señora Condesa, como heredera vniversal, à diferencia del que compete *iure alieno*, y por comission de otro tercero; *l. si stipulatus*, *§. illud, aut illud, ff.de verb.obligat. l.seruus si haeredi, ff.de statu liber.* D.Molin. *de primog. lib.*2.*cap.*4.*num.*62. ibi: *Quamvis enim eligendi facultas, quae venit in consequentiam alicuius iuris praeambuli iure proprio competentis ad haeredes transitoria sit, tenent* Bald.*cons.*93.*vol.* 1. Paul.Paris.*cons.*36.*n.* 42.*vol.*2. Tiraquel.*de vtroque retr.* §. 1.*glos.*3.*num.*33. Mantica *de tacit. & ambig.conuent.lib.*4.*tit.*39.*n.*49. Molin.*de iust.& iure, disput.*592.*n.*5. Cavalcan.*decis.*143.*part.*1.Gamma *decis.*206. vbi Flores de Mena *num.* 9. Mieres *de maiorat.* 2.*part. quaest.*6.*num.*278. Fontanel. *de pact. nupt. clausul.*4.*glos.*9.*part.*5. *num.*12. Castillo *tom.*5. *cap.*87.*num.*20. Add. ad D.Molin.*dict.cap.*4.*num.*62.

1190 *Ex quo fluit*, que pudo muy bien la señora Condesa, como heredera del señor Conde, vsar de esta reserva, y nombrar para la succession del mayorazgo de Mayrena à falta de descendientes de Don Enrique los que llamò para la succession de la Casa de Sanlucar, y que para mayor firmeza de la disposicion que hizo, y por quitar qualquier duda que pudiera tener por el titulo de Comissaria en el mismo testamento que hizo por el señor Conde, se vale del derecho de heredera, ibi: *Quiero que para lo que à su valor faltare à el derecho de Comissaria, se supla del derecho de heredera, de que para su mayor valor me valgo; y assi lo otorgo, porque sè de* cier-

cierto que esta fue la vltima, y postrimera voluntad del Conde mi señor, que se siruiò de darme su poder para hazer este testamento en su nombre, por que tuuo confiança de que auia de guardar, y cumplir fielmente lo que conmigo auia conferido, y consultado, Plin.Iun. *lib.4.epistol.*10.ibi: *Confido accursurũ te sententiæ meæ, cum religiosissimè soleas custodire defunctorum voluntatem, quam bonis hæredibus intellexisse pro iure est, nec enim minus, apud nos honestas, quam apud alios necessitas valet, moretur ergo libertate, sinentibus nobis, fruatur legato, quasi omnia diligentissimè cauerit: cauit enim, quæ hæredes benè elegit.*

1191 Siendo, pues, indubitable el hecho propuesto, y firmes las conclusiones assentadas, dezimos, q̃ es ociosa la oposicion de los Abogados de el señor Marquès, pues la señora Condesa tuvo derecho para disponer de los bienes del Estado de Mayrena en caso de faltar la descendencia del dicho matrimonio.

1192 Contra esto dizen, que aunque en la fundacion reservò el señor Conde llamar successores acabados los descendientes de dicho matrimonio, ya vsò de esta reserva, y la consumiò en el testamento de 1642. por aver sido de elegir, y personalissima.

1193 A que respondemos, que reconocido este testamento no se halla en èl clausula alguna, de donde se pueda inferir, que el señor Conde vsò en èl de esta reserva; pero quando huviera vsado, esta replica, que hazen los Abogados del señor Marquès, es infructuosa à su Excelencia, por ser constante que à falta de los descendientes legitimos, y naturales de Don Enrique de Guzman, conforme el mismo testamento de 1642. se devia vnir este mayorazgo al de Sanlucar; y si la fundacion de este fue capaz de revocacion, por averse hecho en testamento, el agregado es preciso que siga los efectos de su principal, Gregor. Lopez *in l.37.tit.9.part.6.glos.*1. D.Molin. *lib.*1.*cap.*8.*num.*35.*&* 36. Garcia *de expensis, cap.*12.*num.*5. 6. 22.*&* 23. Avendañ. *in l.49. Tauri, glos.*1.*num.*6. *& in l.46. glos.*7. Mieres 3.*part.quæst.*8. Castill.*tom.*3.*cap.*10.*num.*9.

1194 Pero si el vso de la reserva le fundan en el testamento, y dexamos probado *suprà*, que toda la fundacion del Estado de Sanlucar, por ser en testamento se revocò por el segundo (y esto no se puede negar) como quieren q̃ no quede tambien revocado el vso de la reserva? quãdo es cierto que revocado el testamento, quanto contiene en sì queda revocado, *l.si iure, de leg.*1.*l.statius Florus, ff. de iure fisci,* vbi Bart. *cum alijs suprà citat.*

1195 Demàs de esto, quien ha pensado que en aquel derecho libre que el señor Conde reservò en dichas capitulaciones de nombrar successores, fenecidos los descendientes de aquel matrimonio (cuya contemplacion hizo irrevocable, respecto de ellos, el mayorazgo de Mayrena) no podia variar vna y muchas vezes, no solo siendo testamento, en cuyo caso dixo el señor Molina *lib.4.cap.*2.*num.*2. que no avia medio para hazerle irrevocable, ibi: *Primogenia, quæ in testamento instituta sunt, nullo*

pac-

pacto valent irreuocabilia effici, non enim potest inveniri via, ex qua testamenta irreuocabilia fiant, vbi Add. *plures cumulant*, Pegas *resol. forens. cap.4.num.*127. ibi: *Attamen contrarium est verius, quia cum testamentum sit reuocabile vsque ad mortem, contractus gestus in vltima voluntate amittit suam naturam, & adsumit naturam testamenti, quòd non potest fieri irreuocabiliter*, D. Valençuel. *cons.* 138. *ex num.* 3. Pero aunque el señor Conde huviera fundado dicho mayorazgo por contrato entre vivos, y llamado al señor Marquès, y sus descendientes, pudiera revocarle vna, y muchas vezes, supuesto que expressamente està dispuesto assi en las leyes 17. y 44. (menos en los casos en ellas expressados) como sienten sin controversia todos los Autores del Reyno, D. Molin. *dict. lib.4. cap.2. num.2. & 3.* Castillo *cum plurib. tom.5. cap.109. num.18. & 19.*

1196 Y aun en terminos mas rigurosos, y de duda (que aqui no ay, *siquidem* el que se dize vsò de la reserva es el mismo autor de ella, y dueño de los bienes) *nempè* de ser tercero, que por mandado, y comission de otro tiene derecho de elegir, ò nombrar, en cuyo caso no puede variar, es conclusion corriente, que si haze la nominacion, y eleccion en testamento, la puede revocar, y variar, porque sigue la naturaleza del acto, que es de ambulatorio, variable, y alterable, *vsque ad mortem*, D. Molin. *lib.2. cap.4. n.* 37. ibi: *Si in vltima voluntate electio facta fuit, dicendum est, eam posse ab ipso electore vsque ad mortem ad libitum mutari, atque variari, cum enim ea sit vltima voluntatis natura, vt vsque ad mortem reuocari possit, non video rationem, quare in huiusmodi electione in vltima voluntate facta vltima voluntatis natura alteranda sit, ideòque Iurisconsultus in dict. §. à filia, vbi decidit quæstionem, vtrum electio semel facta reuocari possit, illam proposuit in electione per viam donationis inter viuos facta, vt probatur ex eodem textu*, ibi: *Viua donauit, nec eam in electione facta in vltima voluntate exemplificauit, in qua nullum dubium versari poterit, cum in eo casu, siue electio in tempus mortis collata esset, siue simpliciter, siue tam in vita, quam in morte concederetur, semper compertissimum esset, eam posse semel, atque etiam pluries reuocari*, Alvar. Valasc. *consult.* 102. *num.* 23. noviter Add. ad Rox. 1. *part. cap.3. num.*28.

1197 De lo discurrido hasta aqui resulta notorio convencimiento de quan insubstancial es esta oposicion sobre que el señor Conde vsò de la reserva de nombrar successores à la Casa de Mayrena en el testamento del año de 1642. pues *sine veri præiudicio*, quando huviera vsado de ella, es innegable quedò revocada por la revocacion que contiene el poder de qualesquier testamentos, y codicilos que el señor Conde tuviesse hechos antes de su otorgamiẽto, y por el segundo testamento, que la señora Condesa otorgò, como Comissaria, que es vna disposicion identifica, como dexamos fundado *supr.*

1198 En quanto à la oposicion sobre que la facultad de elegir fue personalissima, y que aunque no estuviesse consumida no podia passar à he-

herederos, comissarios, ni à otra persona alguna, no hallamos que pueda ser proficua al señor Marquès, aunque fuesse cierto el assumpto de esta oposicion; pues si suponemos revocada esta eleccion de successores del testamento de 1642. por el poder, y testamento de 1645. (sin que esta proposicion admita impugnacion, como queda fundado) nos hallamos en los terminos de que el señor Conde no nombrò en su vida dichos successores, y de la disposicion expressa prevenida en la misma fundacino, ibi: *Y no haziendo la dicha disposicion, desde luego quedan incorporados en su Casa de Sanlucar con las condiciones y gravamenes de ella.*

1199 Y assi no dudandose que la fundacion de la Casa de Sanlucar, assi del año de 1628. (que fue por contrato revocable, y quedò revocada en el testamento de 1642.) como la de este mismo testamento, quedò revocada, y reducida à los gravamenes, y condiciones del poder, y testamento de 1645. deve confessarse, y reconocerse que la Casa de Mayrena agregada, es preciso q̃ se govierne por las reglas, y llamamientos de aquella; y assi dezimos bien, que al señor Marquès no le aprovecha que la facultad de nombrar successores fuesse personalissima en el señor Conde, y intransmisible à la señora Condesa su heredera; y tambien dezimos, que en quanto à los señores Duques no les perjudica, pues en qualquiera de los dos casos es claro su intento.

1200 *Verum quamvis hoc ita se habeat*, sin embargo para mayor confutacion de esta sequela de oposicion dezimos, que la verdadera, y comun distincion en la materia del derecho de elegir, es la que refiere D. Molina *dict. lib. 2. cap. 4. num. 61. scilicèt*, que si el fundador de vn mayorazgo confiere la eleccion à personas ciertas, y determinadas, que en este caso, porque es visto elegir la industria de estas, serà intransmisible la facultad elegir, ibi: *Quando autem duobus, vel pluribus electio ad maioratus successionem commissa est, &c.* Et ibi: *Sed hæc eligendi facultas personalissima est, atque in ea industria personæ eligitur, ideòque ad hæredes non transit.*

1201 *Aliud est*, dize el señor Molina, quando el mismo fundador reserva en sì por derecho propio el nombrar, en cuyo caso, si en su vida no elige, ni nombra, no es controvertible el que passa à su heredero la facultad reservada, ni entra la duda si eligiò la industria, ò no del Comissario, *vt fundauimus suprà*, y afirman los Adicionadores *dict. num. 62.* ibi: *Quando ius eligendi competit nomine, & iure alieno, communis, ac vera resolutio est, quòd censetur electa industria personæ, & ideò tanquam personalissima ad successorem non transit, at verò, quando venit iure proprio, & in consequentiam alicuius iuris præambuli transit ad hæredes, ad quos ius illud transire debet*; y en esta resolucion vàn conformes con el señor Molina, y sus Adicionadores Bald. Paul. Paris. Tiraq. Mantic. Pat. Molin. *& alij, quos citauimus suprà.*

1202 Esto es lo mismo que sucede en nuestro caso, pues el derecho,

y

y facultad de nombrar successores no perteneciò al señor Conde, *iure alieno*, ni por comission de otro tercero que se la huviesse dado, eligiendo la industria de su persona, sino *ratione iuris proprij, & preambuli*, que reservò en si en la fundacion de Mayrena; y assi es preciso que sea transmisible, y que passasse à la señora Condesa, como heredera vniversal.

1203 Se dize mas por los Abogados del señor Marquès, que del contexto de la fundacion de Mayrena consta, que la reserva, que el señor Conde hizo, fue personalissima; por aver dicho, que faltando la succession de aquel matrimonio, solo se avia de suceder en dicho caso por nueva disposicion del señor Conde; y que en caso, que no la huviesse, los bienes se avian de agregar à la Casa de Sanlucar: de donde infieren, que la palabra *reservar en si*, correspondiente à la diccion *sibi*, induce precisa personalidad.

1204 A que se satisface diziendo: Lo vno, que semejante oposicion es voluntaria, y falta de fundamento juridico la glossa de esta clausula, y que no hemos visto autoridad, que califique su interpretacion: Lo otro, que siendo constante que el testamento de 1642. quedò revocado por el poder, y testamento de 1645. conforme à la fundacion de Mayrena, tocan los bienes de este Estado à la Casa de Sanlucar, por no aver el señor Conde vsado de la reserva, y aver prevenido q̃ en tal caso se juntassen, y vniessen los bienes del Estado de Mayrena à la Casa de Sanlucar; y assi Thesauro en la *decis.97.* en que toca el punto, si es personal la reserva con la clausula *reserua en si*, siente, que si el donante, dando providencia al caso de no disponer en virtud de la reserva, manda que los bienes donados, queden para el donatario; *tunc*, no pertenecen al heredero, *num.*4. ibi: *Cæterum, vt hæc euitentur, cautela est, vt huic reseruationi adijciatur clausula illa, quòd si non disponat, illa in donatarium transeant*, tenet cum multis Franchis *decis.*45.*& decis.*600. Fontan. *clausul.*4.*glos.*23.*num.*9.

1205 Para mayor corroboració de la oposicion antecedente se pondera por el señor Marquès que la señora Condesa, como comissaria, no pudo hazer fundaciones de mayorazgos, llamamientos, ni substituciones, y de este antecedente sacan por ilacion, que quando fuesse transmisible la facultad, que el señor Conde se reservò, fue nulo quanto hizo, y executò la señora Condesa, conforme las leyes de Toro.

1206 Es cierto, y assi lo confessamos, que por la *ley* 31. el comissario para hazer testamento no puede hazer mejora de tercio, y quinto en los hijos, ni substituciones algunas, *vt firmant* Matienç. *l.*5.*tit.*4.*lib.*5.*Recopil.glos.*5.*num.*1. Aceved. *in dict.l. num.*25. *&* 26. Carpio *de executor. testam.lib.*2.*cap.*8.*per totum*, que hablan en substituciones, y Carpio *dict. lib.*2.*cap.*17.*num.*3. dize, que el comissario no puede hazer mayorazgo sin poder especial, porque aunque la *ley* 31. no habla de mayorazgos, habla en mejora, con q̃ la paridad de razon, ibi: *Cum de vno ad alterũ ex paritate rationis argumentatur*, que son las autoridades que ay en la materia para que el comissario sin poder especial no pueda hazer mayorazgos, ni

subs-

substituciones; porque Palacios Rub.*en la ley 43. Tauri,num.2.* Aceved. *in ea,num.fin.* Spino *de testam.gloss.5.num.46.* Carpio *lib.2.cap.24.n.4.* Arias de Mesa *lib.2. var. cap.27.num.7.* lo que dizen es, que, si vn padre tiene facultad para mejorar à vno de sus hijos, no la puede cometer, ni es transferible al comissario, ni transmisible à los hijos, cuyos terminos son distantes de nuestro caso.

1207 Sin embargo es defensable, que aunque la señora Condesa se hallara sin el titulo de heredera, de que vsò expressamente en el testamento, que otorgò en virtud del poder, *mem.num.146.* ibi: *Quiere que se tenga este testamento por concluìdo, y que lo que para su valor faltare al derecho de comissaria, lo supla el derecho de heredera*; y solo tuviera el de comissaria, en virtud de èl pudiera hazer las substituciones, que faltavan al mayorazgo de Mayrena, y fundar nuevo mayorazgo de la Casa de Sanlucar.

1208 Y para desembaraçarnos de esta oposicion, presuponemos lo primero, que la *ley 31.* habla en substituciones pupilares, y exemplares, respecto de los hijos, y que este caso tiene menos latitud, que quando se dispone entre estraños, por no deverseles legitima.

1209 Lo segundo, que en quanto à las substituciones no manda, que se nombren los substitutos especialmente, como en el heredero, sino que se dè poder para ello, ibi: *Y en quanto à las otras cosas, señalando para que le dà el poder, ita resolvunt* Acosta *in cap.si pater, de testam. part.1.* verbo *Pauperes,num.6.* Matienço *in l.5.tit.4.lib.5.gloss.3.num.2.* & ibi Aceved. *num.19.* Avendañ.*in dict.l.34.gloss.vnica, num.5.* Castill. *tom.2. cap.6. num.32.* Carpio *dict.lib.2.cap.8.num.18.*

1210 Lo tercero, que siendo el poder que el señor Conde diò à la señora Condesa tan amplio, y general, *mem. num.106.* ibi: *Y teniendo la satisfaccion que es justo de la señora Doña Inès de Zuñiga, &c. con quien he comunicado en diferentes ocasiones las cosas de mi conciencia, le doy poder cumplido, el que en tal caso se requiere, para que por mi, y en mi nombre pueda hazer mi testamento, y postrera voluntad, como quisiere, y por bien tuuiere, con todas las clausulas, y requisitos, que para su validacion sean precisas, y necessarias, haziendo qualesquiera mandas, y legados, que siendo otorgado, y hecho por la dicha señora, yo desde aora lo hago, y otorgo, y quiero que aya cumplido efecto, como si yo lo hiziera, y otorgara.*

1211 No parece aver duda, que sea suficiente, assi para hazer substituciones al mayorazgo de Mayrena, como para fundar el de Sanlucar. Luca *de testam.disc.46.num.7. vers. Et nihilominus*, ibi: *Et sic tàm verbum* possit, *quàm alterum* liceat, *affirmatiuè prolata, importabant facultatem, ac liberam voluntatem, non autem necessitatem.* Fagnan.*in cap.tua nobis, de testam.num.22.* ibi: *Tum denique, quia à testatore data est simpliciter facultas dicto Monacho de his bonis disponendi, ibi possit idem Generalis disponere, ipsosque redditus vendere, & alienare, &c. quæ nullam*

im-

important necessitatem, cap.cum aliquibus, vbi Gloss. verb.Concedimus, de rescriptis, in 6.

1212 Por ser constante, que aunque por Derecho comun no se podia conferir la substancia de la disposicion à la voluntad de tercero, *leg.illa institutio, ff.de hæred.instit.* tamen por nuestro derecho del Reyno, especialmente por la *ley* 31. es comun sentir de los Autores mas graves, y que la substancia de la disposicion puede conferirse en la voluntad del comissario, como no se falte à las circunstancias prevenidas por la misma ley, *scilicèt*, de señalar con expressiõ heredero, dar poder especial para mejorar en tercio, y quinto à los hijos, exheredarlos, substituirlos vulgar, pupilar, ò exemplarmente, Castillo *lib.2. cap.63. & lib.4. cap.36.num.9. ex sententia Petri de Peralta in l.1.de legat.2.* D.Molina *de primogen. lib.2. cap.4.num.2.* Mieres *de maiorat.1.part.quæst.48.num.11.& 12.* Matienç. *in l.5.tit.4.lib.5.Recop.gloss.3.num.1.* Mench.*de success.progr. lib.2.§.13. num.24.* Padilla *in l.1.de legat.2.num.53.* aunque Carpio (cuya autoridad no deve preponderar à las referidas) defiende lo contrario *dict.lib.2. cap.17.ex num.15.*

1213 Luego siendo indubitable, que el señor Conde nombrò en este poder heredero (con que cumpliò con la primera parte de la ley) y que por no tener hijos, ni descendientes legitimos, no necessitò de dar poder especial para hazer mejora de tercio, y quinto, ni exheredarlos, substituirlos pupilar,ò exemplarmente, ni darles tutores, y que diò poder à la señora Condesa para que hiziesse su testamento, como quisiesse, haziendo qualesquiera mandas, y legados,que siendo por dicha señora otorgado, su Excelencia lo otorgava assi; pudo muy bien hazer mayorazgo, y dar los llamamientos à su voluntad, en la misma conformidad que el señor Conde pudiera hazerlo, *vt in terminis* de dar facultad al Comissario para hazer mayorazgo en vno de los hijos que quisiere, que puede excluir el primogenito, y llamar al segundo, ò hazerle irregular, *firmant* D.Molina *de primog.lib.2.cap.5.* Anton.Gom.*in l.40.Tauri, num.58.* Mieres *1.part. quæst.vlt.* Cevall.*comm.contra comm.quæst.265.* Gutierr.*lib.2.quæst.67. num.3.* Pat.Molin. *de iust. & iur. disp.594.* Castill. *dict.tom.4. cap.36. num.56.*

1214 Y podemos dezir, que *in fortioribus terminis* es el caso antecedente : pues el señor Molina, y los demàs citados hablan en el de dar el testador comission para hazer mayorazgo, *de cuius natura est*, la contemplaron de toda la familia; y sin embargo, si es ampla, y general, y se dexa à la libre voluntad, y arbitrio, entre descendientes, resuelven, que el Comissario no està obligado à hazerle regular, y que puede hazerle de agnacion, y nuda masculinidad, y entre transversales,que podrà preferir al mas remoto, aunque estè *in millesimo gradu*, D.Molin. *lib.2.cap.5.num.5.* Gutierr.*pract.dict.quæst.67.num.2.* Cevallos *quæst.65. n.6.* Paz *de tenut. cap.34.num.107.* Fusarius *quæst.380.num.7.* Noguerol *alleg.9.num.77.*

Ros

Roxas *de incompat. part. 1. cap. 6. num.* 358. ibi: *At verò si non coarctatam, imò liberam habeat, & amplam facultatem eligendi, seu nominandi, poterit eligere eum de familia, quem voluerit, etiam remotiorem, absque eo, quòd teneatur eligere priximiorem.* Vbi eius Additionator Aguila *num.* 409. aviendo propuesto los fundamentos contrarios, resuelve lo mismo; ibi: *Quibus ità resolutis, vt ad quæstionis resolutionem veram deveniamus, dicendum est, quòd quoties simpliciter, & absolutè alicui facultas data sit maioratum instituendi nullis conditionibus, aut limitibus circunscripta, non limitata, vel si expressè libera in eius voluntatem committatur facultas, poterit maioratum irregularem instituere cum conditionibus, & grauaminibus incompatibilitatem inducentibus, vel maioratum electivum facere agnatitium, vel irregularem ad familia nomen, & arma testatoris conservanda ea forma, & modo, quo ipse, qui commissit, facere possit, quæ sententia communiter à DD. probata est.* Y assi aunque en nuestro caso no ay comission especial para hazer mayorazgo, sino para hazer testamento, mandas, y legados à la libre voluntad, y arbitrio de la señora Condesa, como el señor Conde lo pudiera hazer, se deduce que en fuerça de esta absoluta facultad, la señora Condesa, como comissaria, pudo hazer fundacion de mayorazgo.

1215 Porque solo pudiera obstar la captatoria voluntad del Derecho comun, que en la opinion de tan graves A A. ha cessado por la ley de Toro; ò la necessidad de poder especial, que requiere, de que no se necessita en nuestro caso, por no tener descendientes el señor Conde, que es en el que habla la ley, la qual *non debet operari vltra casus non expressos, leg. vnic. § sin autem, C. de caduc. toll.* Dueñas *axiomata tur. littera L. num.* 65. Carpio *dict. lib. 2. cap. 8. num.* 18.

1216 Y siendo el poder mas que especial, pues le dà para todo lo que pudiera hazer el señor Conde, ibi: *Que siendo otorgado por la señora Condesa, yo desde luego lo hago, y otorgo, y quiero que aya cumplido efecto, como si yo lo hiziera, y otorgara*; se deve estimar por verdad constante, que la señora Condesa pudo hazer, como comissaria, los llamamientos del Marquesado de Mayrena, y fundar mayorazgo de la Casa de Sanlucar, Castill. *dict. cap.* 36. *num.* 50. ibi: *Sicuti ergo vxor ipsa id efficere posset, & maioratũ irregularem, & extraordinarium facere, ita quoque & maritus potest, cui adeò ampla facultas, & commissio concessa est per vxorem, quoniam habet eandem potestatem, quam illa habebat*, Mieres 1 *part. quæst.* 48. *num.* 11. Menoch. *cons.* 400. Cephalus *cons.* 588. *num* 30. *lib.* 1. Fabius Annan. *cons.* 31. *num.* 11. ibi: *Ergo illud, quòd est subrogatum, debet esse eiusdem naturæ, vt possit de illis bonis disponere, tamquam dominus poterat.* D. Molin. *lib. 4. cap. 4. ex num.* 24. quos omnes refert Castill. *vbi suprà.*

1217 Pero lo que absolutamente excluye esta oposicion, y dexa indubitable la existencia de la disposicion que hizo la señora Condesa como

comissaria, en virtud del poder, y califica de ociosa la question, sobre si pudo, ò no dar llamamientos à la sucession del Marquesado de Mayrena, y fundar mayorazgo de la Casa de Sanlucar, es el titulo valido, irrefragable, y firme de heredera, que residia en su Excelencia, de que expressamente vsò, y se valiò en el testamento que otorgò como comissaria (no dexando la materia à la presumpcion juridica, de que *quilibet præsumitur vti titulo meliori ad validitatem actus*, *leg. cum precibus*, *C. de probat.* Ruin. *cons.* 119. *num.* 1. *lib.* 1. Ferret. *cons.* 362. *n.* 3. *vers.* 2. Menoch. *cons.* 88. *num.* 36. D. Valenç. *cons.* 201. *num.* 80. D. Molin. *lib.* 2. *cap.* 7. *num.* 70. Castill. *lib.* 6. *cap.* 113. D. Salgado 2. *part. labyr. cap.* 13. *à num.* 5. *& de suppl. ad Sanctiss.* 2. *part. cap.* 12. *§. vnic.* Cyriaco *controu.* 162. *&* 181.) diziendo, que si en lo que dexava dispuesto en la dicha fundacion, faltava poder como comissaria, queria valerse del titulo de heredera, cuya prevencion, y cautela ponen los DD. para la mayor firmeza de la disposicion, quando concurren en el disponente dos facultades, vna por derecho propio, y otra por derecho comunicado, ò conferido, Gregor. Lop. *in l.* 6. *tit.* 11. *part.* 6. *gloss. Que la non pudiesse vender*, D. Molin. *lib.* 2. *cap.* 2. *num.* 11. *vers. Potest, & ibi Add.*

1218 Y siendo como es cierto, que todos los bienes, derechos, y acciones del señor Conde con la institucion de heredera, y adicion, se transfundieron en patrimonio libre de la señora Condesa, *leg. sed si plures, §. filio impuberi, ff. de vulg. leg. qui Titij, ff. de his quib. vt indig. §. 1. Instit. de hæred. qualit. & different.* DD. *in l.* 1. *§. veteres, ff. de acquirend. possess.* Gutierr. *in cap. quamvis pactum, de pactis, in 6. ex n.* 2. Roxas *in epitome succes. cap.* 23. *num.* 63. Arias de Mesa *var. lib.* 2. *cap.* 29. *num.* 11. no puede considerarse impedimento, ni falta de poder en la señora Condesa, para hazer los llamamientos del Marquesado de Mayrena, y fundacion de mayorazgo de la Casa de Sanlucar, aviendo vsado de los dos titulos de heredera, y comissaria.

1219 No obstante, como sequela de la oposicion que dexamos convencida, se dize por el señor Marquès, que aunque la señora Condesa en virtud del poder tuviesse facultad para dar llamamientos al Marquesado de Mayrena, y hazer fundacion de mayorazgo de la Casa de Sanlucar, deviò llamar primero al señor Marquès, como pariente de la familia del señor Conde, y que no pudo dar el llamamiento prelativo que diò al señor Duque, y su descendencia.

1220 Juzgamos que esta objeccion se satisface, y excluye con la distincion de los lugares de Castill. *tom.* 5. *cap.* 87. *num.* 34. *&* 35. *& tom.* 6. *cap.* 142. donde hablando en los terminos de aver hecho el testador fundacion de mayorazgo à favor de la familia, confiriendo al comissario la eleccion de los sucessores, dize (y los AA. que refiere opinan) que la eleccion ha de ser regulada, *& secundum subiectam materiam, & voluntatem præsumptam testatoris*, entre los de la familia, y que el comissario no pue-

de

de substituir estraños, en perjuicio de los parientes, y del *lib.4.cap.36.* que es el aptissimo, y proprissimo de nuestro caso, donde trata de la facultad del comissario para fundar mayorazgo con libre voluntad, y arbitrio; y resuelve, como dexamos dicho con el señor Molin. Gutierr. Cevall. Paz *de tenut.* y otros citados *suprà*, que entre los transversales puede preferir al pariente mas remoto del testador.

1221 No se duda, que el señor Duque era de la sangre, y Guzmania del señor Conde, y de su agnacion, y que el señor Marquès, aunque primohermano, de estraña familia, y de diversa agnacion, luego se convence que la señora Condesa solo como comissaria, abstrayendo del titulo de heredera, pudo dar al señor Duque, y su descendencia llamamiento prelativo para el Marquesado de Mayrena, y Estado de Sanlucar, pues en esta disposicion no excediò de la legal concedida à los Comissarios, *ex supradictis authoritatibus.*

1222 *Maximè*, aviendo el señor Duque ocupado el primer lugar, y grado en la predileccion del señor Conde, manifestada en la distribucion de los puestos, y honores, y en las suplicas de proteccion, y mercedes, que el señor Conde hizo à la Magestad del señor Rey Don Phelipe Quarto, Castillo *lib.5.cap.84.num.30.* ibi: *Verosimilius esse, quòd magis dilectus à testatore fuerit vocatus, aut in euentum vocationum, aut substitutionum alijs prælatus, idcircò voluntatem testatoris, ita debere intelligi, atque in casu dubio coniecturam sumi, vt minus dilectus non præferatur, meliorisvè sit conditionis.* Casanate *consi.2. num.21.* Peregr. *de fideicom. art.15.num.8.* Cyriaco *controuers.tom.2.controu.365.num.54.*

1223 Y quien podra dudar fuera de gran desconsuelo para el señor Conde (si fuera capaz de èl) que pudiendo vnirse su Casa de Sanlucar à la de Toral, y Medina de las Torres, luego que faltassen sus descendientes (que tanto deseò, y amò en el testamento de 1642. casando para lograr este fin à su hija con el señor Duque, añadiendo à sus Armas el timbre, *addit primam Guzmanorum lineam*, y que à este mismo intento figurò vna idea de siglos en suspensiones, y vacantes, aguardando hembras, para que entrasse esta varonia, antes que llegasse el llamamiento de la Casa de Leganès) aviendo entrado en mejor acuerdo, y declarado esta mudança à la señora Condesa despues que otorgò el referido testamento, como su Excelencia lo declara en el que hizo como comissaria, *memor. num.135.* ibi: *Y el señor Conde fundò el Estado de Sanlucar con el Titulo de Duque, y Grandeza, haziendo mayorazgo de èl, y de todos los bienes, y mercedes, de que su Magestad se la tenia hecha, con algunos llamamientos, y condiciones, segun que el señor Conde se lo comunicò; y porque despues de auer otorgado su testamento tratò de casar, y con efecto casò à Don Enrique con Doña Iuana de Velasco, mudò los dichos llamamientos, y dado poder à la señora Condesa, instituyendola por heredera*; quien puede dudar (repetimos) que fuera sumo desconsuelo para el señor Conde, que se frustrara esta

voluntad vltima tan enixa, reducida, ò declarada à mas prompto, y facil medio? Y serà razon, que no quexandose el señor Don Luis, ni su Casa, que no se puede dudar, aunque no era mas pariente, que lo era mejor en la sujeta materia por la representacion de su Casa, se quexe el señor Marquès de la disposicion de la señora Condesa, no siendo de la familia, y agnacion de la Guzmania propia del señor Conde, sino de otra muy estraña (aunque à todas luzes grande)? Puedese negar, que el señor Conde quiso fundar Casa à parte, distinta de la de su padre, y que deseò suscitarla en su agnacion, y Guzmanìa, casando para esto à su hija con el señor Duque? Es nuevo ppr ventura que los Heroes deseen conservar su agnacion, y que por ella excluyan, no solo à los parientes, sino à las hijas, y nietos propios? No es justissimo motivo este, como funda el señor Molina *lib.2.cap.14. ex num.1.& ibi Add.* No es sentir de graves Autores, que *eo ipso*, que son ilustres los fundadores, se ha de tener por de agnacion la fundacion de mayorazgo, *vt ex* Craveta *cons.297. num.3.* Pret. *lib.2.interpr.2. dub.12. solut.15.num.20. firmat* Casanat. *cons.53.num.86.* Pues què estrañeza, ni admiracion puede causar al recto dictamen de la razon, que la señora Condesa, observando puntualmente las disposiciones que el señor Conde participò à su Excelencia diesse llamamiento prelativo al señor Duque, estando imbuìda de que esta era su vltima voluntad, de que dependia principal y vnicamente la conservacion de su agnacion, y Guzmanìa, que tanto amò?

1224 Pues si este es el juizio prudente que consuena con la razon, y voluntad del señor Conde, como se pretende con medios tan futiles, y insubstanciales derogar vna vltima voluntad copiada en el poder, en cuya virtud obrò, y dispuso la señora Condesa, aviendo tenido observancia, y cumplimiento tanto tiempo?

1225 Con el mismo empeño, y mayor aliento se pondera por los Abogados del señor Marquès, que en el codicilo de siete de Septiembre de 1647. *num.*157. que otorgò la señora Condesa, reconociò formalmente la insania, y furor que se ha supuesto padeciò el señor Conde el dia 19. de Julio de 1645. en que otorgò el poder, y su nulidad, y que la señora Condesa exonerando su conciencia, y satisfaciendo el escrupulo en que se hallava, por aver vsado del poder, y ordenado, como comissaria del señor Cõde, el testamento de 21. de Noviembre de 1645. puso en èl la clausula siguiente, *num.*161. ibi: *Declara por descargo de su conciencia, que entre los papeles del señor Conde hallò vn testamento cerrado, y otorgado en el año de 1642. ante Francisco Suarez, Escriuano, que queda en poder del Conde de Grajal, y porque su voluntad es, que se guarde, cumpla, y execute la voluntad del señor Conde en todo; y si huviera tenido noticia del dicho testamento, no huviera hecho disposicion alguna contraria à èl, por lo menos en cosa alguna que pudiera ser en perjuicio del dicho Marquès de Mayrena, por estar tan cierta de la voluntad del señor Conde, y que la*

Aunque se ha solicitado discurrir con la mayor breuedad en este papel el derecho de los señores Duques, la calidad de la causa no ha permitido la que deseamos, por cuyo motiuo ha parecido conveniente, para la mas facil inteligencia, hazer vn breue resumen de lo que se contiene en èl.

LO primero en que se discurre, es sobre las nulidades de los autos, y sentencia de vista de la Chancilleria de Granada, en las quales hasta el num. 51. se pondera, assi en lo general, como en lo especifico de ellas ser notoriamente nula dicha sentencia, y la forma de su comprobacion es la siguiente:

Desde el num. 1. hasta el num. 12. se prueba estar executoriada la nulidad de dicha sentencia, respecto de la executoria del Consejo, por la qual se le quitò el conocimiento de los autos à la Chancilleria; no aviendo precedido para aquesta avocacion otros motivos, sino los que se proponen para la nulidad de la sentencia, acreditandose su precision en averse dado causa con los procedimientos de la Chancilleria à aquesta avocacion.

Desde el num. 13. se discurre en lo individual de las nulidades, siguiendo el metodo con que se proponen en el memorial ajustado, à num. 2019. y la primera consiste, en que siendo el señor Marquès mayor de veinte y cinco años, se litigò el pleito en la Chancilleria en virtud de poder de Francisco Bermejo su Curador ad litem despues de aver conseguido la venias y sobre aver denegado el compulsorio que pidiò el señor Principe para otros exemplares de esta calidad; y para su conveneimiento se refieren las circunstancias de hecho, y las proposiciones de Derecho hasta el num. 33.

Desde el num. 34. se discurre sobre la segunda nulidad, que se reduce à que el processo fue inordinado, para cuya justificacion se haze en el num. 35. y 36. vn breve resumen de los procedimientos inordinados de la Chancilleria, refiriendonos en el num. 37. a lo que se deduce de las dos nulidades siguientes en lo que puede pertenecer à esta nulidad.

Desde el num. 38. hasta el num. 86. se funda la nulidad de la sentencia, por aver nombrado la Chancilleria por Iuez à Don Miguel de Arosteguì en lugar de Don Jacinto de Andrade, y reguladose su voto para la sentencia; y desde el num. 39. hasta el num. 45. se refiere el hecho que conduce à esta nulidad; y desde el num. 45. se traen las leyes del Reyno, que la califican, y la observancia de todos los Tribunales.

Desde el num. 54. hasta el 61. se discurre sobre la misma nulidad, por no aver sido Don Miguel de Arosteguì de los quatro que compusieron la Sala, que se nombrò en virtud de Cedula de su Magestad; y desde el num. 61. hasta el 77. se responde à la satisfaccion que se ha querido dar, reconociendo ser cierto este motivo para la nulidad, con la limitacion de que aviendo cierto numero de Iuezes deven concurrir todos, y que se ha de subrogar

otro en ſu lugar, y eſta opoſicion es incierta en el hecho, como conſta de los autos, y no tiene apoyo alguno en la diſpoſicion legal.

Deſde el num.77. haſta el 86. ſe reſponde à otra objeccion que ſe haze contra eſta nulidad, que es aprobacion de los autos, para cuyo efecto ſe vale de dos pedimentos del ſeñor Principe, y à eſta opoſicion ſe ſatisface con vna executoria de la miſma Chancilleria, en que ſe deſeſtimò ſe ſupliesse el numero de Iuezes, y con que no pudo prorrogar el Principe eſta juriſdiccion.

La quarta nulidad ſe funda deſde el num.87. haſta el num. 150. que es de aver regulado el voto de Don Fernando Queypo para la ſentencia, no deviendolo hazer por quatro medios; en el primero deſde el num. 88. que es aver remitido ſu voto ſin aver viſto el papel que ſe eſcriviò por el ſeñor Principe; ſe hazen los ſupueſtos de el hecho, y haſta el num. 99. ſe traen las doctrinas, y diſpoſiciones de derecho que califican la nulidad.

En el ſegundo medio, que conſiſte en aver remitido ſu voto Don Fernando con autos diminutos, por no aver viſto la adicion que ſe hizo al memorial ajuſtado que ſe mandò hazer por la Chancilleria, en que ſe diſcurre deſde el num. 100. haſta el 108. y deſde eſte numero, haſta el 116. ſe refieren las circunſtancias que ſe añadieron al memorial que eſtava hecho.

Deſde el num. 117. ſe pone el tercer medio de la nulidad del voto de Don Fernando por las inſtancias que hizo para recogerle por cartas que eſcriviò al Preſidente de la Chancilleria para eſte efecto; y deſde el num. 123. haſta el num. 135. ſe juſtifica eſte medio por la probança que reſulta de los autos.

Deſde el num. 138. ſe propone el quarto medio, que es, que aviendo recuſado à Don Fernando, por aver propalado ſu dictamen, ſe deſeſtimò la recuſacion, paſſando à determinar el pleito en lo principal, haſta el num. 146. y en eſte numero ſe haze vn epilogo de las nulidades.

Deſde el num. 151. haſta el num. 163. ſe diſcurre ſobre la autoridad de la ſentencia de tenuta, que ſe pronunciò à favor del ſeñor Duque de Medina de las Torres, en cuyo derecho ſucedieron los ſeñores Duques.

Deſde el num. 164. haſta el num. 822. ſe comprehende vn diſcurſo ſobre la capacidad del ſeñor Conde-Duque, y previamente ſe propone como los ſeñores Marqueſes de Leganès deducen ſu derecho para la ſucceſſion que pretedden de los llamamientos de el teſtamento cerrado q̃ otorgò en el año de 42. y como los ſeñores Duques de Medina de las diſpoſiciones que la ſeñora Condeſa ſu muger hizo en virtud del poder otorgado aſsimiſmo por el ſeñor Conde-Duque en la Ciudad de Toro en el año 45. ponderando haſta el num. 184. las reglas de que la vltima diſpoſicion del poder revocò la anterior del teſtamento del año 42.

Deſde el num. 184. haſta el num. 197. ſe ha fundado que à los ſeñores Marqueſes les ha pertenecido la obligacion de probar la incapacidad del ſe-

señor Conde-Duque, y con què medios han devido hazerlo.

Desde el num. 197. hasta el num. 263. dexando propuesto lo que ha carecido de controversia entre las partes, se ha discurrido sobre el principio de la enfermedad de que fue posseìdo el señor Conde-Duque, probando que le tomò sin delirio, y que à este accidente antecediò el de calentura, como el Martes en la tarde anterior al Miercoles del otorgamiento del poder logrò vn lucido intervalo, quedando en èl restituido à la integridad de su juizio.

Desde el num. 264. hasta el num. 535. se ha discurrido sobre la probança de testigos de los señores Marqueses, convenciendo con separacion sus deposiciones sobre la incapacidad opuesta al señor Conde-Duque en el dia, y tiempo del otorgamiento del poder, fundando en los num. 528. y siguiente la probança que requiere el derecho en estos terminos, resumiendo la hecha por insuficiente, y recopilando los defectos de ella.

Desde el num. 535. hasta el num. 585. se ha fundado, que la calidad de la enfermedad no constituyò intestable al señor Conde, persuadiendo los señores Duques que no fue vigil coma, phrenitis propria, sino es paraphrenitis, segun sus accidentes; convirtiendose en otra enfermedad contraria, y de diversa especie, aviendo conseguido la integridad de su juizio en el dia, y tiempo del otorgamiento del poder.

Desde el num. 585. hasta el num. 648. se discurre sobre que no siempre el delirio anterior se presume continuado, y de las limitaciones que padece esta regla, ponderandolas en favor del derecho de los señores Duques; y especialmente desde el num. 609. hasta el num. 626. sobre la de la recta disposicion, probando, que la contuvo el poder, y mas providente, segun el estado de las cosas, y tiempos, y su oportunidad, que la disposicion del año de 42.

Desde el num. 648. hasta el num. 810. para superar, y vencer qualquiera escrupulo, ò presumpcion de infamia, se funda por los señores Duques la integra capacidad del señor Conde-Duque, verificandola por diversos medios; siendo el primero, por la calidad natural de que estuvo assistido el señor Conde-Duque, desde el num. 649. hasta el num. 651. El segundo, por la assistencia del instrumento, y su execucion, desde este num. hasta el num. 654. El tercero, por lo que han comunicado de las operaciones de los principales testigos de los señores Marqueses, sus asserciones extrajudiciales, y judiciales, hasta el num. 678. fundando juntamente aver sido necessaria total enagenacion del juizio para que quedasse intestable el señor Conde: ponderando diversas autoridades en què casos, y exemplos de mayor comprobacion de demencia se defendieron, y estimaron por validas las disposiciones de diferentes testadores.

Y desde este num. 677. en adelante, que es el quarto Medio, por lo que han depuesto los testigos presentados por los señores Duques, divididas por actos, y tiempos, en el dia del otorgamiento del poder, sus deposicio-

nes,

nes, concluyendo en ellos la integridad del juizio del señor Conde.

Desde el num.678. hasta el num.686. por lo que observaron entre quatro, y cinco de la mañana.

Desde el num.686. hasta el num.701. por lo que passò, y se reconociò desde la hora referida, hasta la hora, y tiempo del otorgamiento del poder.

Desde el num.701. hasta el num.715. por lo que descubriò, obrò, y resolviò el señor Conde en el mismo acto, y tiempo del otorgamiento del poder.

Desde el num.715. hasta el num.717. por el de vna donacion, y nombramiento de vna tabla de las Carnicerias de esta Corte; que successivamente otorgò en favor de Juan Vicente, Moço de Camara.

Desde el num.717. hasta el num.719. por el acto de la Confession, y de lo que de su integridad publicò el Padre Ripalda, con remission à otros numeros.

Desde el num.719. por lo que se le observò al señor Conde, y depusieron los testigos sobre el acto del Viatico, fundando juntamente desde el num.729. hasta el num.741. que las demonstraciones Christianas, reverentes, y de suma devocion, que manifestò en èl, no pudieron ser producidas de la costumbre, sino es de la integridad del conocimiento.

Desde el num.741. por lo que obrò despues del acto del Viatico, y se le observò en la comida, satisfaciendo desde el num.747. hasta el 756. que el fallecimiento que sobrevino el Sabado no ha sido argumento de que en el Miercoles careciesse de la integridad de la razon; y desde el num. 757. hasta el num.809. la relevante calidad de los testigos de los señores Duques, sus razones, prerrogativas, y circunstancias, dexandoles indemnes de tacha; y como à estas probanças se deve diferir en concurso, y competencia de las de los señores Marqueses.

Desde el num.810. hasta el num.822. se ha discurrido sobre la memoria del señor Conde, redimiendo el poder de la oposicion que por defecto de ella se ha hecho, dexandola exuberantemẽte acreditada en estos numeros, y con lo persuadido en otros à que se haze relacion en ellos; tocando juntamente el desprecio con que tratò el señor Conde el testamento del año de 42. para no aver hecho mencion de su contenido, ni otorgamiento en el tiempo del otorgamiento del poder, demàs de los motivos discurridos sobre el punto de la recta disposicion.

Hazese planta para excluir, y desvanecer las sospechas de falsedad con que los Abogados del señor Marquès tratan de impugnar el poder otorgado por el señor Conde-Duque en el año de 45. y tambien para satisfacer otro medio de que se valen, diziendo se executò *ad interrogationem, vel ex falsa causa*, à num.822. vsque ad 826.

Excluyese el motivo de que en los juizios civiles basten sospechas de falsedad, para quitar la fee al instrumento, à num.827. vsque ad 831.

Fun-

Fundase; que muchas sospechas no concluyentes no sirven para desautorizar el instrumento, aunque sea en causas civiles, y que en el caso dudoso se deve estar al instrumento, à num.832. vsque ad 837.

Excluyese la primer sospecha de falsedad de que se valen con el motivo de que se otorgò el poder ante Benavides, à num.839.

Excluyese la segunda sospecha, motivada de que el Escrivano no inquiriò la sana mente del señor Conde para otorgar el poder, à num.841.

Excluyese la tercera sospecha, fundada en no aver puesto el Escrivano en el poder la clausula de que el otorgante estava en su sano juizio, à num. 844. vsque ad 851.

Excluyese la sospecha quarta, motivada de que para otorgar este poder se cerrò con cuidado la puerta de la pieça donde estava enfermo el señor Conde-Duque, à num.852.

Excluyese la sospecha quinta, que se arguye de que el poder no le firmò el señor Conde-Duque, ni testigo alguno à su ruego, a num.856.

Excluyese la sospecha sexta, en que se trata de persuadir, que el poder se otorgò sin aver puesto el Escrivano los testigos de èl, ni saberse los que lo avian de ser, à num.862.

Excluyese la sospecha septima, formada de que firmaron cinco testigos, bastando vno que lo hiziesse por el testador, à num.865.

Excluyese la sospecha octava, inducida de que los testigos fuessen criados del señor Conde-Duque, à num.867.

Excluyese la sospecha nona, que se funda de aver faltado el Doctor Maroja, vno de los testigos instrumentales; porque este comprueba la incapacidad al tiempo de otorgar en su deposicion, à num.871.

Excluyese la sospecha dezima, en que tratan de persuadir injustamente, que el Escrivano Benavides supuso vna escritura de donacion de vna tabla franca, sin que la otorgasse el señor Conde-Duque, à num.875.

Excluyese la sospecha vndezima, que se idea con el motivo de la repugnancia que contiene el que el señor Conde quisiesse revocar por este poder el testamento del año de 42. à num.882.

Excluyese la sospecha duodezima, motivada de la informacion que despues de la muerte del señor Conde-Duque se hizo sobre el hecho de su sano juizio, à num.889.

Excluyese la sospecha dezimatercia, formada suponiendo que la señora Condesa, y el señor Duque de Medina callaron la calidad de la enfermedad que padeciò el señor Conde, à num.896.

Excluyese la sospecha dezimaquarta, en que tratan de persuadir, que por aver tenido el señor Conde-Duque delirio, se presume el poder otorgado en tiempo de èl, à num.899.

Excluyese la sospecha dezimaquinta, fundada en la fama publica que suponen huvo de que el delirio durò hasta la muerte, à num.901. vsque ad 911.

Excluyese la sospecha dezimasexta, formada de la contradicion hecha por el señor Duque de Medina para que no se publicasse la Paulina del Nuncio de su Santidad, que obtuvo el señor Marquès, à num.912.

Excluyese la sospecha dezimaseptima, ideada de las diligencias que hizo la señora Condesa para recoger la informacion que se hizo en Toro, à num.914.

Excluyese la sospecha dezimaoctava, y vltima, fundada en la declaracion que hizo la señora Condesa en su codicilo, à num.925.

Fundase, que el poder del año de 45. no fue *ad interrogationem*, como se intenta en contrario, sino es executado legitimamente, y con las solemnidades de derecho; y se satisfacen las objecciones hechas por los Abogados del señor Marquès, à num.925.

Excluyese la deposicion de Don Bartolomè del Castillo sobre este punto, à num.932.

Fundase la solemnidad de derecho para la validacion del testamento, y los requisitos que son necessarios para que se persuada hecho *ad interrogationem*; y se demuestra que el poder otorgado por el señor Conde en el año de 45. fue legitimo, à num.934. vsque ad num.948.

Excluyense las deposiciones de Ripalda, Maroja, y Asturiano, sobre este punto, à num.949. vsque ad 952.

Dase verdadera inteligencia à la doctrina del señor Presidente Covarrubias, à num.953. vsque ad 958. sobre el punto de testamento hecho *ad interrogationem*.

Satisfacese à la doctrina de Francisco Andreolo, y otras, de que se valen los Abogados del señor Marquès, num.959.

Excluyese la temeridad, y arrojo con que se injuria al Escrivano Benavides, à num.960. vsque ad 966.

Proponese la distincion verdadera de los DD. en la question de quando se ha de tener por hecho el testamento *ad interrogationem*, comprobando que el poder no contuvo esta calidad, à num.967. vsque ad 973.

Satisfacese à la oposicion de que el poder se otorgò *ex falsa causa*, y por olvido del testamento del año de 42. à num.974.

Excluyense las deposiciones del Secretario Carnero, y otros testigos, sobre este punto, à num.978.

Respondese à las doctrinas en que se fundan los Abogados del señor Marquès; y se demuestra con evidencia, que no intervino la falsa causa, ni olvido que se supone, à num.983. vsque ad 990.

Excluyese el primer defecto de solemnidad, en que tratan de persuadir, que por el poder del año de 45. no se pudo revocar el testamento del año de 42. y se convence con evidencia lo contrario, à num.992. vsque ad 997.

Satisfacese à las doctrinas de que se valen desde el num.998. vsque ad 1003.

Com-

Comprruebase la constante voluntad de disponer en el señor Conde-Duque, y que su disposicion fue legitima, à num. 1004. vsque ad 1007.

Excluyese el defecto segundo de solemnidad, por no aver sido llamado y rogado el Escrivano, à num. 1008.

Demuestrase no ser necessario el ruego en el Escrivano, y se excluyen los fundamentos contrarios, à num. 1010. y fundase el modo con que deven ser rogados los testigos, à num. 1013.

Manifiestase que quien eligiò à Benavides fue el señor Conde-Duque, num. 1017.

Discurrese comprobando aver justificacion de que Benavides fue llamado para el otorgamiento del poder, à num. 1018. vsque ad 1021.

Excluyese el tercer defecto de solemnidad, suponiendo que los testigos no fueron llamados, y rogados, à num. 1022.

Fundase no ser necessario el ruego en los testigos, bastando solo el que estèn presentes al otorgamiento, à num. 1026.

Excluyese la deposicion de Simon de Santos, Oficial de Benavides, sobre este punto, à num. 1032.

Excluyese el defecto quarto de solemnidad, motivado en que los testigos del poder no eran vezinos de la Ciudad de Toro, à num. 1036.

Fundase que por Derecho Civil, ni Real no se requeria esta calidad, à num. 1038.

Demuestrase con evidencia que el poder otorgado por el señor Conde contiene la solemnidad de la ley del Reyno, por lo que mira à los testigos, à num. 1041.

Fundase el que siendo los testigos fidedignos, y conocidos, aunque no tengan la calidad de ser vezinos, se cumple con la ley, à num. 1049.

Excluyese el defecto quinto de solemnidad, por no aver firmado el poder el señor Conde, num. 1052.

Excluyese el defecto sexto de solemnidad, por aver faltado el Doctor Maroja, testigo instrumental, à num. 1054. vsque ad 1063.

Desde el num. 1064. hasta el 1672. se refieren las fundaciones, y disposiciones que el señor Conde hizo por sì solo, y en que la señora Condesa intervino por sì, y como comissaria.

Desde el num. 1073. hasta el 1084. se discurre sobre los llamamientos en que el señor Conde pretende fundar derecho à la succesion anterior al señor Duque, y su descendencia.

Desde el num. 1085. hasta el 1104. se funda la facultad que la señora Condesa tuvo como comissaria para hazer las disposiciones que contiene el testamento que otorgò en virtud del poder de 19. de Iulio de 1645. y mudar, y alterar los llamamientos, y disposiciones del testamento de 1642.

Desde el num. 1105. hasta el 1115. se funda, que la señora Condesa se conformò con la voluntad del señor Conde manifestada en el testamen-

to de 1642. en las disposiciones que hizo como comissaria.

Desde el num. 1116. hasta el num. 1177. se discurre sobre que el testamento de 1642. quedò revocado por el poder de 19. de Iulio de 1645. aunque en este no se haze mencion, ni se revoca especialmente aquel testamento; y se dà satisfaccion à la clausula derogatoria, que se dize contiene el primero testamento hecho entre hijos del segundo, y à la *Authentica hoc inter liberos, Cod. de testam.* y à la *ley* 8. *tit.* 1. *part.* 6. su concordante, y proponen las limitaciones de la regla que constituye.

Desde el num. 1178. hasta el 1204. se funda, que el señor Conde por el poder, y testamento de 1645. revocò las fundaciones, y disposiciones anteriores; y se trata de lo que obra la reserva que hizo à su favor para poderlas alterar, y revocar, y hazer los llamamientos que le pareciesse; y si la facultad de elegir es personal, ò transmisible al heredero, quando compete por derecho propio, y no derivado, ni comunicado por otro.

Desde el num. 1205. hasta el 1218. se funda, que la señora Condesa en virtud del poder, y como heredera, por la facultad libre que la confiriò el señor Conde pudo dar llamamientos al Marquesado de Mayrena, y fundar mayorazgo de la Casa de Sanlucar.

Desde el num. 1219. hasta el 1224. se funda, que la señora Condesa, vsando de la libre facultad que la concediò el señor Conde, pudo, conformandose con la voluntad de su Excelencia, postergar el llamiento del señor Marquès, y darle prelativo al señor Duque, y sus descendientes.

Desde el num. 1225. hasta el num. 1245. se discurre sobre la clausula del codicilo de siete de Septiembre de 1647. y haze evidente q̃ la señora Condesa no alterò, ni pudo por ella la disposicion del testamento que hizo como comissaria, y heredera del señor Conde, y que en el mismo codicilo ratifica las disposiciones que contienen; y quiere valgan; y se executen, por ser conformes a la voluntad que la comunicò el señor Conde; y se cõcluye, deve declararse por nula la sentencia de la Chancilleria por las nulidades, vicios, y defectos que padece, calificados, y estimados por los autos de avocacion del Consejo, y que quando no aya lugar se ha de revocar, declarando la succession de estos mayorazgos à favor de los señores Duques,

tuvo de fauorecerle al dicho Marquès, y sus successores en todo lo possible: Por tanto, y para que se vea si ha de valer este, ù el de Toro, por las dudas legitimas que puede auer del valor del vltimo testamento, manda que este testamento se entregue en el Consejo cerrado, y en la forma que esta, para que con su autoridad se abra, con la formalidad que fuere necessaria, y se estè à èl, conforme en todo lo que hà de derecho pueda, y deua valer, y mas bien le estuuiere al dicho Marquès de Mayrena.

1226 De que infieren, que por esta clausula quiso la señora Condesa se guardasse el testamento de 1642. y el llamamiento prelativo del señor Marquès; y passan à proponer que los señores Duques carecen de fundamento para la inclusion, y admision à la sucessión.

1227 Si esta oposicion tuviera en la realidad la verdad, y firmeza con que se pinta por los Abogados del señor Marques, pudiera constituirnos en algun cuidado; pero como es vna idea de su fantasia, delineada con los pinceles de su antojo, facilmente se excluye, y satisface.

1228 Lo primero, porque el codicilo, y declaracion referida se otorgò dos años despues de otorgado por la señora Condesa el testamento del señor Conde; de que resulta, que conforme à derecho no tuvo potestad, ni autoridad para revocarle, ni alterarle, aũque la huviesse reservado por via de declaracion, y fuesse à favor de causas piadosas; *ex l. 35. Tauri*, ibi: *El comissario no pueda reuocar el testamento q̃ huviere por virtud de su poder vna vez fecho, ni pueda despues de hecho hazer codicilo, aunq̃ sea ad pias causas, aunque reserue en sì el poder para lo reuocar, ò para añadir, ò menguar, ò para hazer codicilo, ò declaracion alguna, l. boues, §. hoc sermone, ff. de verb. signif. l. apud Aufidium, 20. ff de opt. vel elect. leg.* ibi: *Quia omne ius legati, quæ sumere, se dixisset, consumpsit*, Paz de *tenut. cap. 34. num.* 90. Pat. Sanchez *consil. moral. lib. 4. cap. 1. dub. 27. num. 8.* ibi: *Tertiò nota, quòd commissarius semel à se factum testamentum non potest reuocare, nec facere codicillum, etiam ad pias causas, nec aliquid addere nec detrahere, nec declarare licèt reseruarit sibi potestatem ad hoc; sic habetur, l. 35. Taur. quæ hodie est, l. 9. tit. 4. lib. 5. Recopil.* Cardin. de Luca *de testament. discurs. 47. num. 9.* ibi: *Atque isto casu neque cadit dicta quæstio facultatis reuocandi, seu variandi ex eadem ratione, de qua in secundò casu suprà exemplificato, quòd scilicèt, qui declarat, vel interpretatur nullas propriæ voluntatis, vel arbitrij partes interponit; sed solum gerit figuram testis deponentis, seu clarius explicantis, qualis fuerit testatoris voluntas*, Noguer. *allegat. 9 num. 10.* ibi: *Itaque nihil in commissario remanet, & sic variando, nihil est, quòd det secundò substituto, nec primò præiudicare potest ex tali secunda nominatione.*

1229 Y aunque Castillo *lib. 5. cap. 184. ex num. 2.* Mieres *de maioratib. 1. part. quæst. 44 num. 114.* opinaron que el comissario, sin embargo de la disposiciõ de la *ley* 35. puede en virtud de la reserva hazer declaracion explicativa de la disposiciõ del testamento que otorgò en virtud del po-

poder, con que no sea dispositiva, ni perjudicial al derecho adquirido por el testamento, *num.* 3. ibi: *Et quæ ius alterius ex priori dispositione adquisitum nequaquam lædat, iuxta ea, quæ ipsis duobus capitibus præcedentibus latius annotauimus, & num.* 6. ibi: *Secus autem si impropriè, aut dispositiuè, & alterando dispositum aliquid declararet.*

1230 Y Tello Fernandez *in dict. l.* 35. *num.* 1. y Antonio Gomez dixeron, que si el comissario no observa puntualmente la forma prescripta en el poder, ò por defecto de solemnidad, ò otra qualquiera causa el testamento que hizo fuere nulo, en vno, y otro caso puede hazer segundo testamento, y Matienço *in l.* 9. *glos.* 1. *tit.* 4. *lib.* 5. *Recopil.* fue de contrario dictamen, *num.* 5. ibi: *Quare procliuior sum huic vltimæ sententiæ, vt commissarius, qui non serbauit formam sibi à testatore præscriptam, non possit iterum circa ea testari, nec dum circa alia, quæ vtiliter fecerat; & num.* 7. hablando en el segundo caso, ibi: *Sed nihilominus hæc sententia mihi non omninò applaudet ex his, quæ dixi num.* 5. *Tutius ergo erit seruare, nulla facta distinctione dispositionem nostræ legis, vt commissarius semel facto testamento, siue vtili, siue invtili, non possit aliud facere, quia non iure proprio, sed alieno fecit iuxta doctrinam Bart. in l.* 2. §. 1. *num.* 6. & 7. *ff. de opt. vel. elect. leg. qua in specie functus est officio suo per primum actum vtiliter, vel invtiliter factum, vt dict. num.* 5. *probaui.*

1231 Ninguna de estas autoridades es aplicable al caso de este pleito, aunque por los Abogados del señor Marquès con argumentos comenticios se han querido estender à èl, porque de la ilacion que forman de la clausula referida, resulta notoriamente, inducen que la señora Condesa quiso que el llamamiento prelativo de el señor Marquès del testamento de 1642. tuviesse permanencia, sin embargo de que por el poder, y testamento de 1645. quedò postergado al llamamiento de los señores Duques.

1232 No puede ponerse duda en que dicha clausula (entendida en la forma que los Abogados del señor Marquès la entienden) es dispositiva, y totalmente contraria à la disposicion del poder, y testamento de 1645. en que la señora Condesa, extinta, y fenecida la descendencia del Marquès de Mayrena, declarò, que la voluntad del señor Conde fue sucediesse en primero lugar el señor Duque, y la suya, con prelacion à la del señor Marquès: luego si las autoridades de Castillo, y Mieres *vbi suprà* se circunscriven al punto de que el comissario en virtud de la reserva solo tiene facultad para explicar, y declarar las dudas, y obscuridades del testamento que hizo, y que carece de ella para hazer disposiciones contrarias, se convence con notoria evidencia, que son inaplicables, y consiguientemente desestimables para el intento que se ponderan por los Abogados del señor Marquès.

1233 Lo mismo procede en quanto à las autoridades de Tello Fernandez, y Antonio Gomez, pues es indubitable que la señora Condesa observò puntualmente en el testamento que hizo como comissaria, el tenor

y

y forma del poder, y voluntad que el señor Conde le confiò, y comunicò; y tambien lo es, que el testamento no padece nulidad por defecto de solemnidad, ni por otra alguna causa, pues contiene todas las solemnidades prevenidas por las leyes del Reyno, y que reconociendose assi por los Abogados del señor Marquès, no se ha propuesto excepcion de defecto de solemnidad; Con que parece queda ajustado, y convencido, que quando fuera la clausula de la calidad que ponderan, y contuviera la declaracion que suponen, no pudiera embaraçar el intento de los señores Duques, ni causar perjuicio al derecho irrevocable que se adquiriò al señor Duque por el llamamiento prelativo del poder, y testamento de 1645.

1234 Lo segundo, porque quando no fuera tan eficaz, y concluyente lo que dexamos fundado, no solo no se induce de la clausula, que la señora Condesa quiso se guardasse el testamento del año de 1642. y llamamiento prelativo del señor Marquès; sino que clara y abiertamente dispone lo contrario, como se reconoce del tenor de dicho codicilo en las clausulas antecedentes à la que se opone por los Abogados del señor Marquès; pues enixa y formalmente dispone, que quiere que se guarde, cumpla, y execute, y se tenga por testamento suyo propio, todo lo que avia dispuesto, y expressado en el testamento que hizo como comissaria del señor Conde, assi en las mandas, como en la institucion de heredero, y condiciones del mayorazgo de todos los bienes, y otra qualquiera disposicion, *num.* 158. ibi: *Declara, que despues de su testamento cerrado hizo el del señor Conde en virtud de la facultad que la dexò à la hora de su muerte para testar por èl, y declarar su voluntad; y por quanto la suya siempre ha sido vna con la del señor Conde, y assi en el testamento proprio la señora Condesa procurò conformarse con todo lo que entendiò era mas ajustado à la voluntad del señor Conde; con todo esso, para que queden en todo conformes, y vnas las voluntades, que siempre lo estuuieron en vida, por la obligacion en que la puso su amor, y la vltima confiança que hizo, dexando à su disposicion toda su hazienda, y las mercedes adquiridas con sus meritos, quiere que si en algo se hallare que el testamento de la señora Condesa contravenga à lo que declarare ser voluntad del señor Conde en el testamento que en su nombre hizo, sea tenido por testamento, y vltima voluntad suya, assi en las mandas, como en la institucion de heredero, y condiciones de vinculo de todos los bienes, y otra qualquiera disposicion, dando por expressado, y dispuesto en el dicho testamento del señor Conde; y quando el dicho testamento del señor Conde, dispuesto por la señora Condesa en su nombre, no valga por suyo, quiere que todo valga por testamento de la señora Condesa*: lo qual directamente se opone a la ilacion, que inducen los Abogados del señor Marquès, de que la señora Condesa quiso valiesse el testamento de 1642.

1235 Lo tercero, porque en otra clausula dispone, que todo lo que dexa declarado por voluntad del señor Conde en papel cerrado à parte, y firmado de su nombre, que otorgò por parte de su testamento, en que hizo los

los llamamientos para despues de la descendencia del Marquès de Mayrena, se guarde, cumpla, y observe, y de nuevo le otorga, y quiere, que tambien sea parte de su testamento; y esto tambien se opone directamente al testamento de 1642. porque en el papel cerrado, que es parte del de 1645. està preferido el señor Duque, y su descendencia al señor Marquès, y la suya, para la sucession de los mayorazgos *num.* 159. y por otra clausula en falta del Conde Grajal dexa poder para seguir sus pleitos, y componerlos al señor Duque, por ser, como dize, que es el mas inmediatamente interessado en todo, segun las disposiciones del señor Conde, con las quales protesta, assevera, y afirma, se avia conformado en todo *num.* 160. y por otra clausula revoca otro qualquier testamento, ò testamentos, que quiere que no valgan, excepto su testamento mencionado en este codicilo: de que se infiere, que si quisiera se guardasse el testamento de 1642. no pusiera absoluta, y general esta clausula, pues el testamento de la señora Condesa se oponia manifiestamente en los llamamientos al del año de 1642.

1236 Lo quarto, porque lo cierto es, que en la clausula referida del codicilo la señora Condesa solo atendiò à declarar, que su voluntad era, que no se causasse perjuicio al Marquès de Mayrena en la sucession de los mayorazgos por las disposiciones que avia hecho, como comissaria, y heredera.

1237 Si consta, que la señora Condesa, como heredera del señor Conde, dispuso mas ampliamente en perjuicio del Marquès de Mayrena, que el señor Conde en el testamento de 1642. pues dispuso de las mercedes Enriqueñas à favor de la Casa de Monterrey, y diò al señor Don Luis de Haro la Alcaydia de los Reales Alcaçares de Sevilla, y no llamò à los naturales, y ilegitimos de dicho Marquès; à quien no se viene à los ojos, que la duda que se pudo ofrecer à la señora Condesa, aviendo hallado el testamento cerrado, fue considerar si pudo en èl su Excelencia favorecer mas al Marquès, y que por olvido en las conferencias, ò por inadvertencia, lo huviesse omitido en la disposicion que hizo à su favor?

1238 Y mirado à esta luz, que producen los mismos instrumentos, y la letra de la misma clausula, como puede aver aliento que la cabile? torciendo el sentido à que fue duda de la incapacidad del señor Conde, ò nulidad del poder, quando antes, y despues le ratifica, y aprueba, y en la antecedente dize: *Que obrò en dicho testamento lo que entendia era mas ajustado à la voluntad del señor Conde*; y en esta dize: *Que si huviera tenido noticia de dicho testamento, no huviera hecho disposicion alguna contraria à èl, à lo menos en cosa alguna que pudiera ser en perjuicio del dicho Marquès de Mayrena, por estar cierta de la voluntad del señor Conde, y que la tuvo de favorecerle, y à sus successores.* Y quando concluye: *Que para que se vea si este, ò aquel ha de valer, por las dudas legitimas que puede aver del valor del vltimo testamento, se lleve al Consejo, y se estè à el en todo lo que de derecho pueda, y deba valer, y mas bien le estuviere al dicho Marquès de Mayrena.*

Sien-

1239 Siendo como es indubitable por los medios propuestos, que resultan de las clausulas del codicilo, que la señora Condesa deseò geminada, y enixamẽte la validacion, y observancia de las disposiciones, que hizo como comissaria, y heredera, y que el derecho suple las interpretaciones, para evitar la contradicion en vn mismo disponente, y que se ha de despreciar el sentido que le induce, *cap. cum dilecti, de accusat.* Bald. *in leg. si de interpretatione, ff. de legib.* Tiraq. *in leg. si vnquam, C. de reuoc. donat. n.* 13. & 14. D. Valenç. *cons.* 97. *num.* 38. Mantica *de tacit. & ambig. lib.* 2. *tit.* 40. *num.* 29. como pueden persuadir los Abogados del señor Marquès à que se estime el sentido que proponen; sin mas fundamento que su idea, quando si se admitiesse, no solo repugnara, sino que destruyera toda la voluntad de la señora Condesa, tan repetidamente manifestada, y excluyera el entendimiento demonstrable por todas las disposiciones, y literal en la misma clausula.

1240 Por lo qual dezimos, que quando no estuviesse tan patente està inteligencia, y que segun lo literal, solo se ofreciò à la señora Condesa la duda, si avia favorecido menos al Marquès de Mayrena, que el señor Conde en el testamento de 1642. y huviesse alguna obscuridad, ò confusion, devia conceptuarse otro motivo, y causa final de la clausula, que fuesse coadjuvante de las disposiciones de la señora Condesa; para que fuessen validas, y consistentes; Altogrado *cons.* 50. *num.* 193. ibi: *Et cùm hoc possit pluribus ex causis adscribi, non est adscribendum potius vni, quam alteri, & multo minus illi, ex qua impugnaretur instrumentum, ex Romano cons.* 96. *num.* 26. Onded. *cons.* 96. *num.* 44. *lib.* 2. siendo la razon de esta conclusion la presumpcion legal, que resiste la revocacion, ò correccion de la voluntad, quando se pretende persuadir inmediata à la disposicion, *leg. non ad ea,* 89. *ff. de condit. & demonst.* Roxas *de incompat.* 1. *part. cap.* 10. *num.* 34. Menoch. *lib.* 4. *præsumpt.* 165. *ex num.* 4. Castillo *lib.* 4. *cap.* 37. *num.* 17.

1241 Lo quinto, porque no deve darse credito à lo que depuso el Padre Ripalda *num.* 849. ni hazerse estimacion de la deposicion del señor Don Antonio de Castro, *num.* 928. en quanto al escrupulo con que refieren puso la señora Condesa la clausula sobre el valor del testamento de 1645. ò el de 1642. porque el Padre Ripalda, demàs de los defectos, contradiciones, y excepciones que padece, no està ratificado, ni su deposicion fue en juizio competente, ni con citacion del señor Duque, y assi no deve hazerse aprecio de lo que contiene, *leg. si quando, C. de testib. cap. in nomine Domini, de testibus.* Grammat. *decis.* 11. *num.* 8. Innocent. *in cap. cùm in tua, de testib.* Felin. *in cap. præsentato, eod.* Roxas *de hæretic.* 2. *part. num.* 107. D. Valenç. *cons.* 121. *num.* 108. *vsque ad* 110. sin que obste el hallarse abonado por el señor Marquès, pues esta circunstancia no le dà calidad para que se le dè credito, aviendo sido su deposicion con tantas nulidades, y especialmente sin citacion de parte; siendo cierto, que aunque se huviera

examinado en los casos permitidos; esto es, por temor de ausencia, ò de muerte, y con citaciõ de parte (lo qual es indispensable) estãdo vivo era preciso para q̃ absolutamente se le diesse fee, que se repitiesse despues de la litis cõtestacion, *altàs euanesceret*, vt tenet Vestr. *in praxi, lib. 6. cap. 2. ex Abb. & Felino, & Rota Romana*, Farinac. *quæst. 72. num. 39.* Barbos. *in cap. quoniam frequenter, vt lite non contest.* y lo mismo procede respecto de la deposicion del señor Don Antonio de Castro, por ser de oìdas al Padre Ripalda, *cap. præterea*, 27. *cap. tam litteris*, 33. *cap. licèt, ex quadam*, 47. *de testib. cap. 6. de fide instrum, l. 28. tit. 16. part. 3. & l. 29. eod. tit. in vers. Mas en otro pleito, l. 20. tit. 9. part. 4.* vbi Gregor. Lop. verb. *Por oìdas, glos. 3.* Menoch. *lib. 2. de arbitr. casu* 475. *num.* 4, Castill. *lib. 5. cap.* 122. *ex num. 3.* y convencerse de temeraria su deposicion por las deposiciones del Secretario Antonio Carnero, *num.* 921. y de la señora Doña Iuana de Velasco, *num.* 913.

1242 Lo sexto, porque es mayor, y mas evidente el convencimiento de la idea de los Abogados del señor Marquès, si se atiende que la señora Condesa en nueve del mismo mes de Septiembre, dos dias despues del otorgamiento de dicho codicilo, hizo, y otorgò otro, en que manda se observe, y execute el testamento de 1645. y todo lo dispuesto, y ordenado en èl; de que se infiere expresso, y formal reconocimiento de la verdad, existencia, firmeza, y validacion del poder, y de la disposicion que hizo, vsando de èl conforme la voluntad que el señor Conde comunicò à la señora Condesa; y que siendo incompatible la subsistencia del testamento de 1642. con el de 1645. deve este, como posterior, assistido de las disposiciones, y solemnidades legales, estimarse como vltima voluntad de el señor Conde, y deferirse por èl la succession del mayorazgo, Quintil. *declamat.* 308. ibi: *Et in more Ciuitatis, & in legibus positam est, vt quoties fieri potuerit defunctorum supremo testamento stetur, idque non mediocri ratione, nec enim aliud videtur solatium mortis, quam voluntas vltra mortem.*

1243 Lo septimo, porque consta por la deposicion del señor Don Antonio de Castro, que el Padre Ripalda le pidiò dispusiesse la clausula referida, y que aviendo formado primera, y segunda, pareciendole que su contexto estava demasiadamente claro, formò tercera, con la indiferencia, artificio, y ambiguedad que manifiesta, y que esta placiò, y agradò al Padre Ripalda, con el fin de quedar arbitro para dar la inteligencia que premeditava su inconstancia; y tambien consta que dicho codicilo està todo escrito de letra del Padre de Ripalda, de que sin violencia inferimos fue trama suya la clausula para el fin propuesto; lo qual se acredita de la deposicion del señor Don Antonio de Castro, pues afirmativamente dize, que aviendo visto à la señora Condesa en tres ocasiones despues que la formò, no le hablò, ni comunicò cosa alguna sobre su contenido, ni participò el escrupulo que el Padre Ripalda supone padecia, siendo digno de especial re-

reflexion, y nota que en vn punto de tanta gravedad (si fuera cierto el escrupulo) dexasse la señora Condesa de comunicarle al señor Don Antonio de Castro para oìr de su boca la entera satisfaccion para deponerle, y aquietarse.

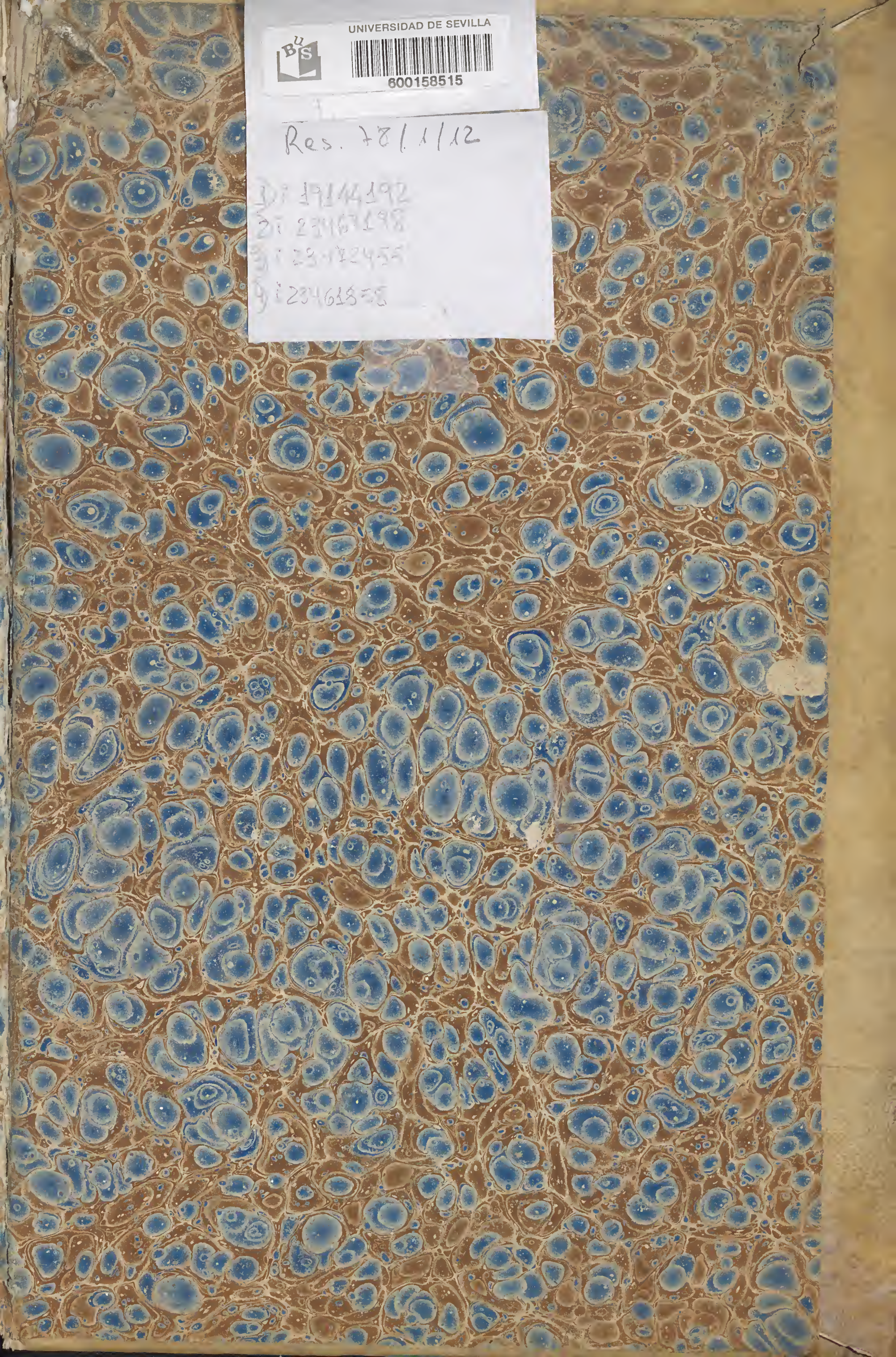
1244 Y finalmente dezimos, que de apartarse de la inteligencia propuesta por la insinuacion del Padre Ripalda, de necessidad hemos de incidir en que aconsejò mal, y que la señora Condesa muriò con escrupulo, y sin deponerle: pues siendole tan facil satisfacerle plenissimamente, resguardando su credito, y el de todos los demàs, reduciendo los llamamientos de el papel simple, y de su letra, que tenia en su poder, à los del testamento del año de 1642. pues nada se aventurava en abrirle; ò quando esto tuviesse algun reparo, governandose por la minuta que entregò el Secretario Antonio Carnero, lo fiò à la confusion, y à infinitas contingencias, perseverando en esta ceguedad hasta el vltimo instante de su vida; lo qual no es creìble, ni presumible de la gran christiandad, y virtud de la señora Condesa, y contiene notoria resistencia à su voluntad, declarada, y manifestada en el testamento, como comissaria, y heredera, y en los dos codicilos, en que quiere, y manda se observe, y guarde la disposicion del testamento de 1645.

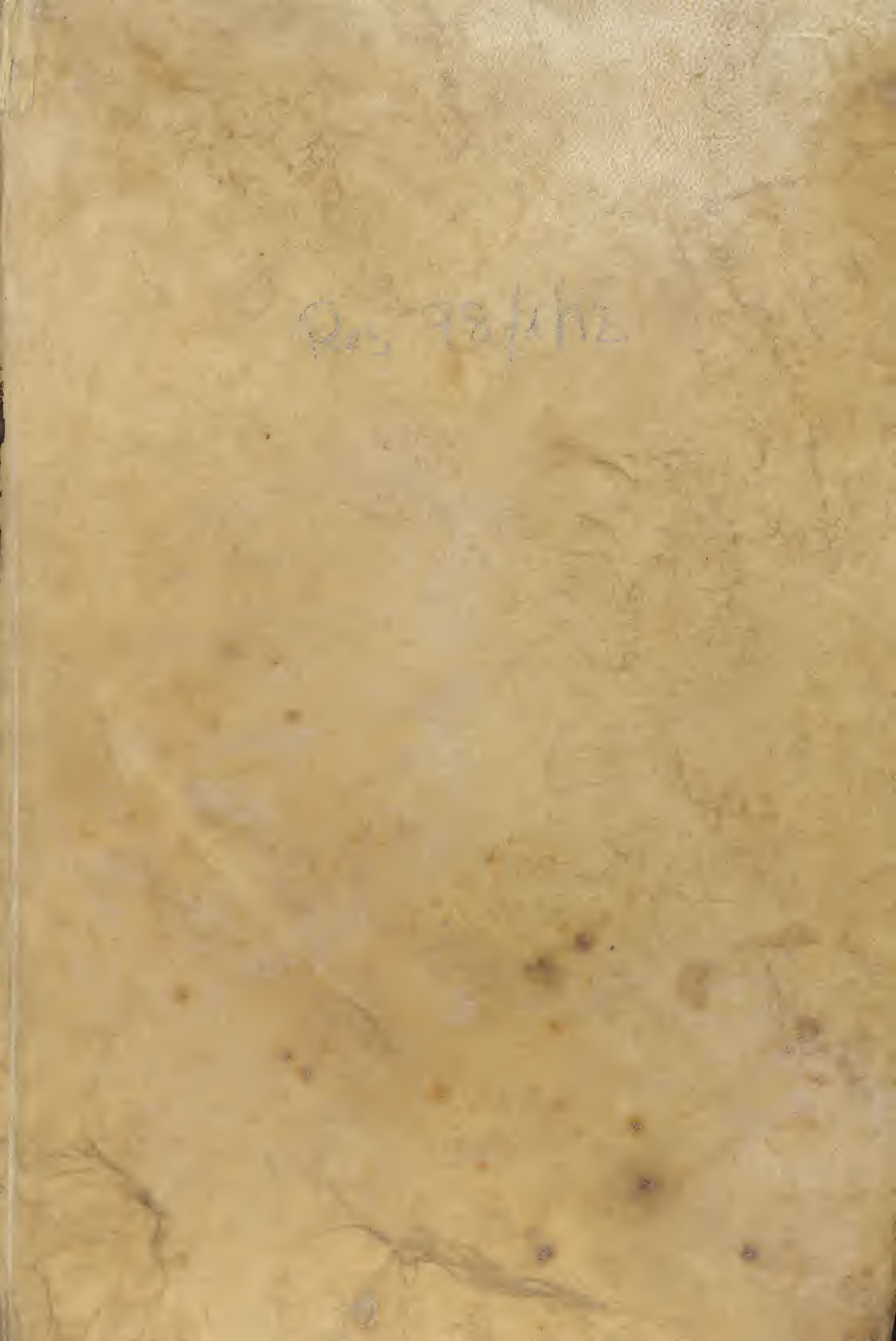
1245 *Igitur*, aviendo hecho indubitable demonstracion, y evidencia por las consideraciones, y discursos propuestos en este informe, que el señor Conde estava en su sana mente quando otorgò el poder, y que lo estuvo desde las quatro de la mañana del dia 19. de Iulio de 1645. hasta las doze dèl, que no padece los defectos, y nulidades que se han opuesto para turbar su fee, y autoridad, y que la señora Condesa pudo, como comissaria, hazer las disposiciones que contiene el testamento de 1645. queda à nuestro parecer indisputable el derecho de los señores Duques.

Ex quibus, esperan se declare por nula la sentencia de la Chancilleria por las nulidades, vicios, y defectos que padece, calificados, y estimados por los autos de avocacion de este pleito; y quando esto no aya lugar, que se ha de revocar, declarando tocar, y pertenecer à los señores Duques la sucession de estos Estados. S. S. C.

Lic. D. Iuan Antonio de Vicuña. *Lic. D. Diego Holguin de Figueroa.* *Lic. D. Phelipe Garcès de Zayas.* *Lic. D. Francisco*




UNIVERSIDAD DE SEVILLA
BUS
600158515
Res. 78/1/12


Res 95/1112


PAPELES
ARIOS